

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Alana Sartori Binello

A (IN) VALIDADE PROBATÓRIA DA CONFISSÃO NA FASE
POLICIAL:
A PERPETUAÇÃO DA TORTURA NO SISTEMA PENAL

Sarandi
2013

Alana Sartori Binello

A (IN) VALIDADE PROBATÓRIA DA CONFISSÃO NA FASE
POLICIAL:
A PERPETUAÇÃO DA TORTURA NO SISTEMA PENAL

Monografia apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob orientação da
professora Me. Priscila Formigheri Feldens.

Sarandi
2013

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Waldomiro e Domingas, pelo amor incondicional, e pelo exemplo de vida.

Às minhas irmãs, Júlia e Darlla, pela paciência e companheirismo.

À minha orientadora, professora Me. Priscila Formigheri Feldens, pela orientação constante e imediata.

Aos meus colegas de curso, pelo esforço compartilhado.

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o Direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do Direito.”

Rudolf von Ihering

“Luta. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Couture

RESUMO

O presente estudo monográfico busca fazer uma análise acerca da confissão, especialmente a extrajudicial, abordando sua (in) validade processual, com uma análise acerca da tortura supostamente utilizada para a obtenção da admissão da prática delitiva por inocente. A confissão, e, mais que isso, a aplicação da tortura para se chegar até ela, são antiquíssimas, remontando-se à Idade Média, e ao sistema processual inquisitório. Deste modo, mostrou-se oportuno realizar um estudo sobre os sistemas processuais penais – inquisitivo, acusatório e misto – sendo adotado no Brasil o acusatório. Além disso, cabe detalhar aspectos importantes da investigação preliminar, dentre eles o caráter meramente administrativo, ou informativo, do inquérito policial. Outrossim, analisando a investigação preliminar, com enfoque especial à confissão, coube aprofundar-se acerca das posturas que o juiz pode adotar frente à prova: a de juiz instrutor, ou de juiz de garantias. Com base nisso, instaurou-se uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da valoração da confissão pré-processual como prova judicial, justificando-se a presente abordagem, principalmente, em razão de existir, ainda hoje, aplicação de tortura para se chegar à antiga “rainha das provas”: a confissão.

Palavras-chave: Apreciação da prova. Confissão. Inquisitorialidade. Investigação Preliminar. Tortura.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 AS PROVAS E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	8
1.1 Sistema Inquisitivo.....	8
1.2 Sistema Acusatório.....	16
1.3 Sistema Misto.....	26
2 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	33
2.1 Natureza Jurídica e Características.....	35
2.2 Formas de atuação do juiz frente as provas.....	52
3 A (IN) VALIDADE PROBATÓRIA DA CONFISSÃO NA FASE POLICIAL: A PERPETUAÇÃO DA TORTURA NO SISTEMA PENAL.....	66
3.1 Confissão: conceito, espécies e particularidades.....	66
3.2 A tortura para fins de confissão penal: posicionamentos doutrinários e divergências jurisprudenciais.....	78
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS.....	101

INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz uma análise acerca da (in) validade probatória da confissão na fase policial, levando-se em conta a perpetuação da tortura no sistema penal. Além disso, estuda a investigação preliminar *lato senso*, verificando suas particularidades, para, a partir de seu conhecimento e entendimento, poder analisar profundamente o valor que se tem da confissão extrajudicial quando da valoração da prova dos autos para prolação da sentença, pelo juiz.

A justificativa para a escolha do presente tema se deu pelo fato de que, não obstante os direitos humanos, e ainda, mais especificamente, as garantias constitucionais do acusado estejam em evidência, ainda hoje existem casos de emprego de tortura para a obtenção de confissão de acusados, sejam eles culpados ou inocentes. Mais que isso, o tema encontra sua justificativa no fato de que, muitas vezes, a legislação deixa espaço para que o magistrado possa agir como verdadeiro inquisidor, valorando a prova à sua maneira, ou melhor, julgando conforme sua consciência.

Assim sendo, o objetivo que se tem é compreender o que ocorre na prática da investigação preliminar, e como os dados angariados em sede extrajudicial são vistos dentro do processo judicial. Objetiva-se, ainda, estudar como se dá a valoração da prova ou elementos que estão contidos no processo, especialmente a confissão extrajudicial pura e simples, e a confissão viciada pela tortura ou qualquer outro meio de coação. No entanto, cabe destacar que o presente trabalho não tem por objetivo o esgotamento do assunto em comento, haja vista que a complexidade do tema exige maiores estudos e aprofundamentos.

Para melhor estudo e compreensão do assunto, a presente monografia jurídica está dividida em três capítulos, que tratam sobre as provas e os sistemas processuais penais; aspectos relevantes sobre o inquérito policial; e a (in) validade probatória da confissão na fase policial, analisando a perpetuação da tortura no sistema penal.

O primeiro capítulo leva em conta os sistemas processuais penais e as provas, abordando os sistemas inquisitivo, acusatório e misto, em uma análise acerca das particularidades e da prova em cada sistema.

O segundo capítulo se aprofunda acerca da investigação preliminar, apresentando seus aspectos relevantes, tais como características da natureza jurídica e formas de atuação do juiz frente às provas, sendo então abordados os modelos do juiz instrutor, e o juiz de garantias. Ainda, acerca da investigação preliminar, deu-se enfoque à sua natureza, que é de procedimento administrativo, e, além disso, às suas características, esmiuçando-as no decorrer do trabalho.

Por fim, no terceiro capítulo, o enfoque do trabalho se deu especialmente em relação à confissão e aplicação de tortura para a sua obtenção, analisando não só o que diz a doutrina, mas também a jurisprudência. Nessa esteira, dissertou-se acerca de aspectos relevantes que envolvem a confissão. Por fim, explanou-se acerca da (in) validade da confissão extrajudicial, abordando a real presença de meios tortuosos, praticados ainda hoje, para a sua obtenção.

1 AS PROVAS E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Anteriormente ao estudo dos sistemas de processo no direito penal, é necessário salientar que sistema processual penal nada mais é do que o conjunto de princípios e regras que foram sendo adotados no decorrer da História, de acordo com os momentos políticos vivenciados pelos Estados, e que foram dando direção à aplicação das normas penais¹. Diante disso, o processo penal, em sua estrutura, pode ser inquisitivo, acusatório e misto.

1.1 Sistema Inquisitivo

Historicamente, o sistema penal inquisitivo teve origem no Direito Romano, em que ao juiz, investido do poder imperial, era permitido se iniciar um processo de ofício². Anteriormente ao início do vigor do método processual que ora detalhar-se-á, reinava o sistema da acusação privada, no qual a iniciativa para a persecução penal se encontrava nas mãos dos particulares, dependendo da boa vontade destes para que fosse exercida³.

Então, considerando que no sistema acusatório privado pairava grande impunidade, surgiu a necessidade de um método mais autoritário, que nasceu durante a Idade Média, e foi uma solução estatal à defesa social, que era ofendida com a iniciativa da persecução penal nas mãos dos particulares. A esse sistema deu-se o nome de inquisitivo, e por mais que o poder do Estado-juiz fosse concentrado e, conseqüentemente, imparcial, foi a melhor solução encontrada para acabar com a impunidade do sistema anterior⁴. A respeito desse remédio Lopes Jr. disciplina o seguinte:

¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 49.

² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006. p. 21.

³ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 50.

⁴ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 50..

Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, por isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conformes os limites da legalidade⁵.

Desta forma, o sistema inquisitorial espalhou-se pela Europa, durante o século XV, quando vigorava o domínio do direito canônico. Posteriormente, nos séculos XVI, XVII e XVIII, foi adotado pela quase totalidade das legislações europeias. Por fim, com a Revolução Francesa, o sistema em tela teve seu declínio⁶.

O marco principal do sistema em estudo é a concentração de poderes em uma só pessoa, e assim sendo, tal modelo processual compromete sobremaneira a imparcialidade, visto que as funções de acusar e julgar não são compatíveis entre si. Deste modo, no sistema inquisitorial, o juiz fica psicologicamente adstrito ao resultado da demanda⁷. Nesse sentido também é a explicação doutrinária de Tourinho Filho, que explana o assunto da seguinte maneira:

As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão⁸.

Como se vê, a concentração de poderes permite que o juiz possa não somente julgar, mas também administrar e legislar, não deixando espaço para uma relação processual paritária. No sistema em comento, o juiz inquisidor possuía o poder da ampla iniciativa probatória, podendo, de ofício, determinar que se colhessem as provas necessárias durante as investigações ou no curso do processo⁹.

⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 121 e 122.

⁶ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 21.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Vol. I. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 03.

⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 121.

⁹ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 04.

Assim, a gestão das provas estava concentrada em suas mãos, e o magistrado não estava adstrito a qualquer fato circunstanciado nos autos para proferir sua decisão, mas sim chegava até a conclusão processual sem qualquer parâmetro, o que era perfeitamente aceito, em face de sua superioridade em relação ao acusado¹⁰.

As principais características do sistema inquisitivo são a concentração de funções, o sigilo, a ausência de contraditório e a prova tarifada, as quais são delineadas pelo doutrinador Rangel, de forma bem sintética:

- a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;
- b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;
- c) não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia;
- d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas¹¹. [grifo do autor]

Mirabete sustenta que o que caracteriza esse sistema é a inexistência de regras de igualdade e liberdade dentro do processo penal, pois não obstante o processo geralmente se dê por escrito, ele é secreto, e seu desenvolvimento dá em fases por impulso oficial, sendo permitida, inclusive, a tortura do acusado para se obter a confissão¹². Eram admitidos tais abusos com o acusado pelo fato de que o sistema inquisitório buscava encontrar a verdade real dentro do processo penal¹³.

O contraditório é princípio ausente no sistema inquisitivo, assim, inexistindo aquele, também não há como se constatar a presença de regras de igualdade e liberdade processuais¹⁴. Partindo dessa premissa, compreende-se que o sistema inquisitivo é aquele em que há supressão de direitos, é o Estado totalitário agindo de

¹⁰ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 04.

¹¹ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 50.

¹² MIRABETE, *Processo Penal*, p. 21.

¹³ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 04.

¹⁴ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p 121.

modo a molestar qualquer garantia cidadã¹⁵, sendo que o convencimento do juiz, ao entender de Rangel, é totalmente eivado de parcialidade, conforme o que segue:

No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhe foram trazidas pelas partes, mas visa vencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação¹⁶.

Outra característica do sistema é alinhavada pelo doutrinador Bonfim, o qual diz que verifica-se a inquisição pela inexistência de liberdade de acusação, haja vista que o juiz se converte em acusador, não deixando espaço para discricionariedade da acusação em analisar o caso concreto e entender por viável ou não a deflagração da ação penal¹⁷.

Então, como se vê, qualquer constituição cidadã que vise, mesmo que minimamente, as garantias atinentes à dignidade da pessoa humana, é incompatível com o sistema inquisitivo, que vai de encontro às garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Machado expressa que:

O processo inquisitivo se caracterizou pela ausência de contraditório; pela concentração no órgão judicial das funções de acusar, defender e julgar; pelo sigilo; pela desigualdade entre as partes; pelas acusações difusas; pelas provas aleatórias ou obtidas por meios violentos, como a tortura e a devassa etc. A Roma autoritária dos tempos régios, por exemplo, conheceu esse tipo de processo no período que ficou conhecido como da *inquisitio*; e a Idade Média, sobretudo com a Inquisição, também foi palco dessa forma de procedimento penal¹⁸.

Lopes Jr. nos explica que o processo inquisitório era dividido em duas fases, a saber: inquisição geral e inquisição especial. Aquela tinha caráter de investigação preliminar, destinando-se a comprovar a autoria e materialidade do delito, e esta, por

¹⁵ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 49.

¹⁶ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 50.

¹⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 2ª ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

¹⁸ MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria Geral do Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 08.

sua vez, era a fase que hoje se pode denominar processual, mas que na constância do sistema inquisitivo destinava-se à condenação e castigo do acusado¹⁹.

O Tribunal da Santa Inquisição ou Santo Ofício, instituído no século XIII, é o maior e melhor exemplo utilizado acerca do sistema penal inquisitório. Foi criado com o intuito de evitar a heresia dos fiéis, sendo que qualquer manifestação considerada contrária aos Mandamentos da Igreja Católica era severamente punida, sendo os julgamentos verdadeiros circos de horrores. Além do mais, a pior pena para os heterodoxos – que criavam novos discursos, dando outras explicações aos textos sagrados – era a condenação deles ao afastamento da vida eterna. A justificativa apresentada para tanto era que se fosse cometido um simples delito, este poderia ser perdoado por Deus, mas os hereges, no entender da Igreja, iam muito além da prática de um crime, pois infringiam as normas ditadas por Deus, e isso levava ao pior de todos os castigos: não ter entrada no reino dos céus²⁰.

A lógica do sistema de inquisição é a verdade absoluta, não interessando os meios necessários para alcançá-la, tais como tortura e crueldade. Deste modo, os inquisidores consideravam possível que pudesse chegar, dentro do processo, à verdade absoluta, e tal verdade era investigada pelo próprio juiz, visto que ao mesmo eram investidos poderes instrutórios²¹, podendo se dizer, conforme ensinamentos de Lima, que “trabalha o sistema inquisitório, assim, com a premissa de que a atividade probatória tem por objetivo uma completa e ampla reconstrução dos fatos, com vistas ao descobrimento da verdade²²”.

Inicialmente, o sistema inquisitório surgiu com a possibilidade de que o processo fosse iniciado *ex officio* na ocorrência de flagrante delito. Após isso, cada vez mais o Estado tomou o lugar do acusador privado, até o momento extremo em que se permitiu que os poderes de investigar, acusar e julgar se resumissem em uma só pessoa, valendo isso para todas as espécies de crimes dentro do processo penal, não somente na ocorrência de flagrante²³.

A entrada em vigor do sistema inquisitivo trouxe severas mudanças no campo do processo penal, inclusive marcando a separação definitiva entre o processo penal

¹⁹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 123.

²⁰ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 124.

²¹ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 04.

²² LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 03.

²³ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 122.

e o civil²⁴. Em relação às modificações ocorridas na transição de um sistema para outro, Lopes Jr. disciplina que:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação²⁵.

No sistema inquisitorial, as funções do acusador e julgador são confundidas, visto que, em verdade, não há acusador e acusado, mas sim, existe a figura do juiz inquisidor e o seu objeto, que é o acusado. O réu é assim considerado, pois não lhe sendo permitido o exercício do contraditório, sua defesa resta prejudicada, ficando, assim, o inquirido à mercê das decisões que o juiz quiser tomar a respeito de seu caso, ou seja, é mero objeto da lide²⁶.

Além do mais, a inércia das partes não gera qualquer defeito processual, uma vez que o juiz também atua como parte no processo, sendo permitido a ele, a qualquer tempo, intervir na coleta da prova necessária para a acusação e posterior julgamento que irá proferir²⁷.

Percebe-se que, no sistema inquisitivo, não existe o direito de defesa, e tudo se encaixa para levar à condenação, visto que, na sistemática desta forma de processo, os direitos e garantias individuais do acusado são atenuados em face do interesse coletivo, que é o punir, mesmo que a qualquer custo²⁸. Nesse sentido, Távora e Alencar trazem a seguinte teoria:

²⁴ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 122.

²⁵ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 122.

²⁶ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 28.

²⁷ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 122.

²⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 6ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 41.

O discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade da segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos. É que, conforme esse sistema, os direitos de um indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo²⁹.

A situação de subordinação em que o acusado se encontra é tão grande que ele é considerado objeto do processo, pelo fato de que nenhum direito lhe é conferido³⁰.

Da análise da doutrina de Lopes Jr., conclui-se que a prisão durante as investigações é a regra geral, pois estando o acusado preso, o persecutor penal o tinha à disposição até a obtenção da confissão, que era o objetivo principal³¹. Lima acrescenta que o acusado permanecia preso preventivamente, sendo-lhe vedada a comunicabilidade³².

Alguns dos extremos do processo inquisitório é que, muitas vezes, “o segredo alcançava o lugar e a forma dele, a pessoa do julgador, o pronunciamento da sentença e, também, às vezes, era secreto o próprio momento da execução da condenação³³”. Algumas das crueldades aplicadas no sistema inquisitivo são ilustradas na obra de Lopes Jr.:

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.³⁴

²⁹ TÁVORA; ALENCAR, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 42.

³⁰ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 121.

³¹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 122.

³² LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 04.

³³ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 122.

³⁴ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 126.

O que verifica-se a partir do acima exposto, é uma prévia dos horrores cometidos nesse sistema, com o intuito de obtenção da verdade real, a qual, bem se sabe, não é a verdade que um sistema de garantias procura dentro do processo.

Quando os soberanos perceberam a arma poderosa que se encontra no sistema inquisitório, este rapidamente se espalhou pelos Tribunais seculares. Assim, o instrumento que surgiu, em sua essência, para evitar injustiças, transformou-se em verdadeiro instrumento opressor³⁵.

Além disso, esta forma de processar acabava muitas vezes impondo sanções a pessoas que não tinham cometido qualquer crime, mas que se viam obrigadas a confessá-los apenas para se verem livres das mãos do inquisidor.

Com base nisso, dentro do sistema inquisitivo o advogado não tinha nenhuma função senão incentivar o réu para que confessasse logo o delito, pois quanto antes houvesse a confissão, mais cedo se iniciaria a execução. E, partindo da máxima que na quase totalidade dos casos, de uma forma ou de outra, a confissão seria obtida, a melhor alternativa era que ela fosse espontânea, pois assim o acusado evitava que a ele fossem aplicados meios cruéis para a obtenção da prova³⁶.

Além do mais, não se operava a coisa julgada, e as sentenças absolutórias não declaravam a inocência do acusado, mas, sim, esclareciam que nada havia sido encontrado que pudesse embasar a condenação. Em outras palavras, o inquisidor deixava a porta do processo aberta para, havendo futura possibilidade, condenar o acusado³⁷.

Diante do exposto, resta evidente que o processo inquisitório é totalmente incompatível com os direitos e garantias do indivíduo, sendo que tal processo fere gravemente os princípios processuais penais, bem como a Constituição Federal, e até mesmo a Convenção Americana de Direitos Humanos³⁸. Nesse entendimento, Lima sintetiza o sistema inquisitorial:

³⁵ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 122.

³⁶ EIMERICH apud LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 126.

³⁷ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 126.

³⁸ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 05.

Em síntese podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento de fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual³⁹.

Em suma, o poder de punir que em princípio era do povo, foi retirado de suas mãos para que pudesse ser administrado exclusivamente pelo Estado. Tal usurpação ocorreu de forma paulatina, e, atualmente, não se permite a vingança privada de outrora.

No entanto, ao mesmo tempo em que foi tirado do povo o direito de punir, permitiu-se exigir do Estado a punição, o que teria dado certo no sistema inquisitivo, não fosse ter reputado que as três funções – investigar, acusar e julgar – pudessem ser exercidas pela mesma pessoa⁴⁰.

1.2 Sistema Acusatório

O processo acusatório é o contrário do inquisitório⁴¹, e isso se verifica pelo fato de que na forma processual de acusação cada órgão desempenha a sua função de acordo com suas atribuições processuais, ou seja, os poderes de investigar, acusar e julgar são exercidos por pessoas diferentes⁴².

Nesse sistema o juiz é responsável pela aplicação da lei como órgão imparcial, e, portanto, age apenas quando provocado. O autor é quem acusa, assumindo todos os ônus inerentes a tal atribuição. E o réu, por sua vez, é sujeito de direitos, devendo defender-se com utilização de todos os meios e recursos atinentes para a satisfação de sua defesa. Assim, cria-se o *acutum trium personarum*, que

³⁹ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 04.

⁴⁰ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 127.

⁴¹ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p 120.

⁴² RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 52.

implica no fato de os sujeitos da relação processual – autor e réu – atuarem em pé de igualdade⁴³. A caracterização do sistema acusatório, pelo doutrinador Bonfim, se dá da seguinte maneira:

Caracteriza-se principalmente pela separação entre as funções da acusação e do julgamento. O procedimento, assim, costuma ser realizado em contraditório, permitindo-se o exercício de uma defesa ampla, já que a figura do julgador é imparcial, igualmente distante, em tese, de ambas as partes. As partes, em pé de igualdade (*par conditio*), têm garantido o direito à prova, cooperando, de modo efetivo, na busca da verdade real. A ação penal é de regra pública, e indispensável para a realização do processo. Costuma vigorar o princípio oral, mediato, concentrado e público de seus atos⁴⁴.

Ao contrário do sistema anteriormente estudado, no acusatório o juiz não tem a possibilidade de dar início à persecução penal de ofício. Deste modo, o Estado criou um órgão responsável pela deflagração da ação penal, o Ministério Público. O órgão ministerial surgiu na França, no final do século XIV, quando se dava o nome de *les procureurs du roi* àqueles que seriam os titulares da ação penal⁴⁵.

Tourinho Filho disciplina que o *les procureurs du roi* se resumia em um corpo de funcionários, cuja função era promover a persecução em nome do poder social, mas sem embargo de os juízes continuarem com a mesma função: acusação⁴⁶.

Seguindo na abrangência histórica, Mirabete ensina que o sistema acusatório teve início na Grécia e em Roma, e permitia-se, mesmo que em caráter excepcional, que a iniciativa acusatória se desse pela vítima ou seus parentes, ou até mesmo por qualquer do povo⁴⁷.

Tourinho Filho, por sua vez, exprime que tal sistema se reproduziu na Índia, e com a evolução dos tempos, viu-se, também, a modificação, no sentido de evolução de garantias, do próprio sistema, que vigorou em várias legislações, inclusive na processual penal brasileira⁴⁸. A seu tempo, Lima ensina que:

⁴³ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 52.

⁴⁴ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 28 e 29.

⁴⁵ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 52.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 123.

⁴⁷ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 21.

⁴⁸ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 120.

O sistema acusatório vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. A partir do século XIII entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é aquele que mais se aproxima de um sistema acusatório puro⁴⁹.

No entanto, tal sistema somente aflorou após a Revolução Francesa, sendo que a separação das funções de acusação e julgamento foi o marco inicial na configuração deste sistema. Assim, “em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado⁵⁰”.

Em relação às particularidades inerentes ao sistema acusatório, Lopes Jr. traz, em sua doutrina, uma síntese muito bem delineada das atuais características do sistema:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidade no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória; sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instrução, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada.
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição⁵¹.

A separação das funções caracteriza o *ne procedat iudex ex officio*, visto que há clareza entre a função de cada um, sendo os três personagens da relação processual bem distintos em suas atribuições de acusar, julgar e se defender⁵².

Então, conquanto a relação processual se inicie apenas com a provocação, não é tolhido do magistrado o poder de gerenciamento do processo, o que se faz

⁴⁹ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 06.

⁵⁰ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 49.

⁵¹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 118 e 119.

⁵² RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 53.

através do impulsionamento processual. Nesse sentido, verifica-se que o magistrado pode, sim, tomar iniciativas, mas somente aquelas em que mantenha equidistância em relação ao interesse das partes. Deste modo, o juiz tem o dever de “abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público⁵³”.

Como a iniciativa probatória deixou de ser do juiz e passou a ser das próprias partes, não pode mais o magistrado, de ofício, determinar a produção de provas⁵⁴. Nesse aspecto, Lima explana:

Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. Com o objetivo de preservar a sua imparcialidade, o magistrado deve deixar a atividade probatória para as partes. Ainda que se admita que o juiz tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes⁵⁵.

Outrossim, não há dúvida de que são os princípios norteadores do sistema acusatório - o contraditório e a ampla defesa - que consagram tal tipo de processo. O réu é sujeito de direitos, devendo gozar das garantias constitucionais que lhe são outorgadas⁵⁶, não podendo lhes ser usurpados tais direitos em razão de estar respondendo processo criminal, ou mesmo sendo investigado na esfera policial, visto que o que prevalece é o estado de inocência.

De grande valia também é o sistema de apreciação das provas adotado, que é o do livre convencimento motivado⁵⁷. Isso quer dizer que o juiz só poderá basear uma condenação nas provas que foram trazidas aos autos.

Assim, no sistema acusatório, a gestão da prova pertence às partes, e o juiz, por sua vez, deve assegurar que o processo corra dentro de suas regras, com observância dos direitos de liberdade fundamentais⁵⁸.

⁵³ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 06.

⁵⁴ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 05.

⁵⁵ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 05.

⁵⁶ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 53.

⁵⁷ TÁVORA; ALENCAR, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 43.

⁵⁸ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 05.

Também cabe destacar a característica da imparcialidade do juiz, que atua de forma a resolver os conflitos sociais sem interferir de forma direta na gestão da prova. Acerca deste princípio, Rangel profere que:

[...] o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias⁵⁹.

Por mais que até hoje existam críticas à imparcialidade do juiz, verifica-se, na prática, que se o magistrado assumir postura imparcial passará a agir com tranquilidade ao proferir a sentença, pois, não sendo necessário seu agir como parte no processo, o mesmo pode efetivar a aplicação das garantias a que o acusado tem direito⁶⁰.

E em caso de o material probatório carreado aos autos demonstrar-se insuficiente para a condenação, deve, sim, o juiz optar pela absolvição, e não sair em busca da prova, o que o transformaria em inquisidor.

Uma vez sendo o juiz parte inerte, que apenas tomará posição após as partes, incumbe a estas a produção de todas as provas, cabendo à acusação o ônus de provar aquilo que está alegando, ou seja, de provar a materialidade e a autoria do crime imputado ao réu, e este, em seu tempo, defende-se em relação aquilo que foi acusado, cabendo ao juiz, após o embate entre acusador e acusado, valer-se dos princípios básicos da justiça para proferir a decisão final⁶¹. Verifica-se, portanto, que defesa e acusação são colocadas em pé de igualdade, e acima delas, mas se portando de maneira equidistante e imparcial, está o juiz⁶².

Diferentemente do sistema inquisitivo, onde o juiz que condena é o mesmo que assume posição de investigador desde o início da persecução penal, no sistema acusatório o juiz que toma decisão no sentido de condenação, o faz embasado em provas, das quais ele tem posição de equanimidade, visto que foram exclusivamente produzidas pelas partes.

⁵⁹ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 53.

⁶⁰ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 119.

⁶¹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 120.

⁶² LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 05.

O processo acusatório forma um processo de partes, em que se busca uma solução justa aos fatos que são levados ao conhecimento das autoridades competentes para investigar, acusar e julgar o caso⁶³. Além disso, a publicidade é a regra no sistema. No entanto, como exceção, é admitido o sigilo em casos específicos⁶⁴. Vejamos o que preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

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;⁶⁵

Isso quer dizer que a Carta Magna elenca como causa de nulidade o fato de não ser respeitado o sigilo judicial, seja o processo da natureza que for. No entanto, em alguns casos, a garantia da publicidade pode trazer violação a direitos pessoais do interessado, casos em que é permitido o sigilo. E, sendo o processo público, a audiência também o é. Veja-se o texto do artigo 792 e § 1º do Código de Processo Penal:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes⁶⁶.

⁶³ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 05.

⁶⁴ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 53.

⁶⁵ BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 abr. 2013.

⁶⁶ _____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 30 abr. 2013.

Por mais que o parágrafo primeiro do artigo acima transcrito traga uma restrição ao princípio da publicidade, seu teor é plenamente legítimo, pois, além do enunciado do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o inciso LX, do artigo 5º da mesma carta permite a restrição da publicidade quando a mesma interessar à defesa da intimidade ou do interesse social. Nucci entende que tal restrição se dá na ocorrência de interesse público⁶⁷. Em relação ao surgimento do sistema em tela, Lopes Jr. enfatiza que:

A origem do sistema acusatório remonta ao Direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil⁶⁸.

Essa é a interpretação dada aos primórdios do surgimento do sistema, o que foi sendo modificado com o tempo, sendo que o sistema da acusação se dividiu em duas formas processuais, quais sejam: a *cognitio* e a *accusatio*. Aquela permitia maiores poderes ao Estado-juiz, que podia encontrar a solução para os conflitos da maneira que interpretasse melhor. Àquele acusado que, além de ser cidadão, fosse o filho varão, permitia-se recurso de anulação da decisão, chamado de *provocatio*, caso em que o magistrado tinha o dever de proferir nova decisão, apresentando, dessa vez, os elementos necessários ao seu embasamento⁶⁹.

Assim, mesmo fazendo parte do sistema acusatório, a *cognitio* foi uma fase de poucas garantias processuais. Já a *accusatio* trouxe inovações, as quais são descritas por Lopes Jr.:

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1.175.

⁶⁸ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 117.

⁶⁹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 117.

Na *acusatio*, a acusação (polo ativo) era assumida, de quando em quando, espontaneamente por um cidadão do povo. Surgiu no último século da República e marcou uma profunda inovação no Direito Processual romano. Tratando-se de *delicta pública*, a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um representante voluntário da coletividade (*accusator*). Esse método também proporcionava aos cidadãos com ambições políticas uma oportunidade de aperfeiçoar a arte de declamar em público, podendo exibir para os eleitores sua aptidão para os cargos públicos⁷⁰.

Durante a *acusatio*, as peculiaridades norteadoras da forma de processo eram muito semelhantes com a do atual sistema acusatório. Hoje, a regra é que a titularidade da ação penal pertence ao órgão ministerial. No entanto, em alguns casos a *jus accusationis* é permitida à vítima ou seu representante legal, caso em que não é desnaturalizada a titularidade da ação do Ministério Público⁷¹.

Assim sendo, é permitida a ação penal privada no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que esta é exercida pelo ofendido. Entretanto, tal função privada de acusar apenas ocorre nos casos de cometimento de crimes específicos⁷².

Então, quando o texto constitucional prevê (no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal) que compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública, há a indicação de que o sistema processual brasileiro é o acusatório, pois a função de acusar pertence a um órgão distinto do judiciário. Além do mais, a figura do juiz instrutor também não mais existe, visto que anteriormente à fase judicial do processo, a Autoridade Policial preside o inquérito, que apesar de continuar sendo regido pela inquisitorialidade, passou a ser público, e, além disso, o acusado passou a ter suas garantias constitucionais asseguradas⁷³.

Assim, apesar de o inquérito policial ser inquisitório em suas características, tal fato não descaracteriza o sistema acusatório adotado, pois o inquérito faz parte da fase pré-processual, a qual se vale apenas para a formação da *opinio delicti*. Igualmente, durante a fase de investigação também são asseguradas garantias ao acusado, especialmente no que se refere às provas não repetíveis⁷⁴.

⁷⁰ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 117.

⁷¹ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 120.

⁷² TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 121.

⁷³ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 53.

⁷⁴ TÁVORA; ALENCAR, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 43.

Além disso, Machado sustenta que é irrefutável que o sistema adotado no Brasil seja o acusatório, pelo fato de a Constituição consagrar o princípio do contraditório, e, uma vez estando presente o contraditório, não há que se falar em outro sistema processual senão o de acusação⁷⁵.

Ainda Machado, que tem posição minoritária, fala em divergência doutrinária quanto à classificação do processo Penal no Brasil, sendo ora considerado como acusatório, e ora misto. Seria misto, visto que há uma fase preliminar (inquérito) anterior ao procedimento judicial. E poderia também ser considerado acusatório, em razão de a acusação pertencer ao órgão do Ministério Público, e o procedimento vigor sobre o contraditório⁷⁶.

No entanto, conquanto o ordenamento jurídico brasileiro adote o sistema acusatório, não podemos esquecer que de nada adianta a norma se ela não for cumprida pelos operadores do Direito. Nesse sentido, Rangel assim se manifesta:

Não adianta o sistema brasileiro adotar o sistema acusatório se, em um processo judicial instaurado, o juiz interrogar o acusado sem dar-lhe o direito de, previamente, entrevistar-se com seu defensor, a fim de preparar sua defesa e, ainda, se o chamar em juízo sem dar-lhe ciência, prévia, da acusação. Ou ainda se, durante o interrogatório, interpelar o acusado de que deve falar a verdade sob pena de ser condenado. Esse processo seria regido pelo sistema acusatório, porém o juiz agiria de forma inquisitiva. Existiria processo, porque quem acusou foi o Ministério Público, mas não com as características do acusatório. De que valeria? Nada⁷⁷.

Desta forma, verifica-se que no sistema acusatório estão previstas normas garantistas, as quais possibilitam que o juiz seja imparcial e preserve os direitos do acusado. No entanto, tais direitos somente serão efetivados se o juiz deixar de lado o velho entendimento de que deve ser o gestor da prova, “contribuindo” para o processo, no sentido de não se contentar com a insuficiência probatória, e sempre querer buscar provas que possam levar à condenação. Ainda assim, verifica-se que mesmo o sistema acusatório mantém resquícios da inquisição, conforme disciplina Machado:

⁷⁵ MACHADO, *Teoria Geral do Processo Penal*, p. 11.

⁷⁶ MACHADO, *Teoria Geral do Processo Penal*, p. 10.

⁷⁷ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 51 e 52.

Aliás, toda doutrina de extração garantista vem advertindo que mesmo o processo judicial no Brasil ainda mantém alguns resquícios dos procedimentos inquisitivos, em que o julgador acaba assumindo funções típicas da acusação e, com isso, assume a gestão da prova, transformando-se num autêntico inquisidor dos tempos medievais. Tal ocorre, por exemplo, quando o art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro permite ao juiz determinar diligências probatórias de ofício; quando o art. 209 faculta ao magistrado a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes; quando a lei admite as prisões cautelares decretadas de ofício (art. 311, CPP); quando o juiz provoca a mutatio libelli (art. 384, CPP); quando o magistrado usa e abusa do direito de determinar escutas telefônicas, etc⁷⁸.

Diante da análise feita nesse item, entende-se que o juiz deve, sim, trazer contribuições para o processo no sentido de bem conduzir o seu bom andamento, bem como de sentenciar de forma clara, imparcial, justa e proporcional, sem, contudo, interferir nas atribuições que dizem respeito às partes. Nessa perspectiva, é fácil notar as diferenças entre os sistemas inquisitório e acusatório, conforme explicação trazida por Lima:

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova⁷⁹.

No plano ideal, além de todos os elementos de garantias já mencionados, o processo acusatório ainda deve proporcionar representação processual em igual grau de eficiência aos acusados com menores condições financeiras, ou seja, aos réus que sejam hipossuficientes financeiramente deve ser assegurada defesa por Defensor Público ou advogado dativo, mas não meramente defesa, e, sim, defesa eficiente, da mesma forma que estivessem custeando os honorários advocatícios de um bom causídico penalista⁸⁰.

⁷⁸ MACHADO, *Teoria Geral do Processo Penal*, p. 10 e 11.

⁷⁹ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 06.

⁸⁰ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 120.

Assim, verifica-se que o sistema acusatório é farto em garantias ao acusado, as quais são previstas constitucionalmente e não permitem o cometimento de abusos que outrora eram cometidos dentro do sistema inquisitório.

1.3 Sistema Misto

O sistema misto se divide entre fase de instrução – investigação preliminar e instrução probatória –, que é inquisitiva, e de posterior fase de julgamento, na qual passa a vigorar o contraditório⁸¹. Tal sistema é intitulado pela doutrina majoritária, também, como sistema acusatório formal, sendo que além dessa denominação, Lima nos acrescenta que pode ser denominado sistema francês⁸².

Esse sistema surgiu com o intuito de acabar com a nova onda de impunidade que pairava no sistema acusatório, considerando que o delito não chegava até o saber das autoridades estatais, e, assim, não poderia ser julgado. Com base nisso, instituiu-se o sistema de acusação formal, dando novamente ao juiz o poder de investigar. Tal arbítrio, obviamente, comprometia a imparcialidade do magistrado, mas para que fossem dadas garantias ao acusado, o órgão acusador continuava a ser o Ministério Público⁸³.

O sistema misto foi adotado pela primeira vez em 1908, na França, através do *Code d'Instruction Criminelle* de Napoleão, e foi o primeiro a dividir a persecução em fase pré-processual e processual. No entanto, tal garantia era contraposta pela possibilidade de o juiz ser o construtor da prova. Hodiernamente esse é o sistema mais utilizado em todo o mundo⁸⁴. Em relação ao surgimento do sistema misto, Bonfim traz em sua doutrina o entendimento a seguir:

⁸¹ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 22.

⁸² LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 06.

⁸³ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 54.

⁸⁴ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 128.

Inaugurado com o *Code d'Instruction Criminelle* (Código de Processo Penal) francês, em 1808, constituiu-se pela junção dos dois modelos anteriores, tornando-se assim, eminentemente bifásico. Compõe-se de uma primeira fase, inquisitiva, de instrução ou investigação preliminar, sigiloso, escrita e não contraditória, e uma segunda fase, acusatória, informada pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa⁸⁵.

Então, esse sistema se denomina misto porque o processo se desdobra em duas fases, que são distintas: a primeira é uma fase como a do sistema inquisitorial, em que a instrução não possui contraditório, e objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Já na segunda fase, o processo ganha características do sistema acusatório, ou seja, há um órgão acusador, o réu se defende e o juiz julga⁸⁶.

Rangel explica que a primeira fase do sistema misto tinha inspiração no sistema inquisitivo, com base no Direito Canônico. Nela, o juiz tinha a atribuição de originar a investigação, colhendo o material probatório necessário para que a acusação tivesse elementos suficientes para embasar posterior condenação⁸⁷, que também era a seu cargo.

Já na segunda fase, que se dava o nome de judicial, a distinção dos poderes era nítida, pois a acusação era feita pelo órgão ministerial e o julgamento pelo órgão judicial, assim, tinha-se a ideia de separação dos poderes. Além disso, os debates eram orais e públicos⁸⁸.

Tourinho Filho, por sua vez, esclarece que o processo misto é dividido em três etapas, a saber: a investigação preliminar, a instrução probatória e a fase de julgamento. Complementa, ainda, que tal sistema difere do inquisitivo pelo fato de que na terceira fase (julgamento), as funções de acusar, defender e julgar são distribuídas a entes distintos, diferentemente das duas primeiras fases, onde não há contraditório, e as três funções se encontram nas mãos do juiz⁸⁹. A definição do sistema misto, na redação de Távora e Alencar, é a seguinte:

⁸⁵ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 29.

⁸⁶ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 07.

⁸⁷ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 54.

⁸⁸ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 55.

⁸⁹ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 123.

Tem raízes na Revolução Francesa. Caracteriza-se por uma *instrução preliminar*, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase *contraditória (judicial)* em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes⁹⁰.

Destarte, por mais que a fase preliminar seja instruída, via de regra, através da polícia judiciária, esta se encontra sob a autoridade de um magistrado que participa pessoalmente dos atos necessários para a formação da *opinio delicti*. Todavia, ponto marcante do sistema misto é que há separação das funções de acusar e julgar, prevalecendo o *nemo iudicio sine actore*, onde não poderá haver processo judicial sem a iniciativa da acusação. Outrossim, na fase preliminar o procedimento será secreto e escrito, e, ainda, haverá ausência de contraditório e ampla defesa, assemelhando-se muito ao sistema inquisitivo⁹¹.

Já na fase judicial, onde se inaugura a acusação penal, é estabelecido debate oral e público, no qual todas as garantias de contraditório são asseguradas, bem como é verificada a paridade entre as partes envolvidas na ação penal, que de regra tem como sujeito ativo o Ministério Público⁹².

Nessa segunda fase do sistema misto, o que prevalece é o estado de inocência do réu, sendo que é conferido ao acusador todo o ônus de provar as alegações acusatórias. Tais provas devem ser trazidas pelo Ministério Público durante o processo, que é verificado através do devido processo legal, uma vez que o acusado é sujeito de direitos. Tais direitos são verificados a partir do momento em que os atos praticados no processo são públicos, bem como são positivados o contraditório e a ampla defesa⁹³. Desta forma, antagonicamente à fase preliminar, a fase judicial tem aspectos muito semelhantes aos do sistema acusatório.

Em 1941, com a entrada de vigor do Código de Processo Penal, o sistema que vigorava no Brasil era o misto, mas com a evolução das leis e, principalmente, das garantias do acusado, esse entendimento foi modificado. Nesse sentido, Lima diz:

⁹⁰ TÁVORA; ALENCAR, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 43.

⁹¹ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 55.

⁹² RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 55.

⁹³ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 55.

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial, porém, uma vez indiciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Todavia, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estando diante de um sistema acusatório⁹⁴.

Deste modo percebe-se que, muito embora o sistema misto seja uma grande evolução frente ao inquisitivo, ele ainda é carente em vários aspectos, visto que as garantias asseguradas na fase judicial são contrapostas durante a fase preliminar. A criação da fase judicial, em tese, traria credibilidade ao julgamento, no entanto, não se pode esquecer que o juiz de garantias é o mesmo persecutor penal da fase preliminar.

O processo penal somente trará direitos ao acusado se aplicado com vistas às normas constitucionais. É esse também o entendimento de Rangel, que difunde o seguinte:

Assim, nosso sistema acusatório hodierno não é puro em sua essência. Traz resquícios e ranços do sistema inquisitivo; porém, a Constituição deu grande avanço ao dar ao Ministério Público privatividade da ação penal pública. Em verdade, o problema maior do operador do direito é interpretar este sistema acusatório de acordo com a Constituição e não de acordo com a lei ordinária, pois, se esta estiver em desacordo com o que aquela estabelece, não haverá recepção, ou, segundo alguns, estará revogada⁹⁵.

Lima compartilha do mesmo entendimento, e enfatiza que na elaboração Código de Processo Penal Brasileiro houve predominância de inspiração no fascismo italiano, e, portanto, não se trata de um sistema acusatório puro⁹⁶. Desta maneira, ainda dentro do mesmo raciocínio, faz-se necessário que a norma infraconstitucional seja interpretada dentro da óptica da Constituição Federal de 1988, ou seja, isso quer dizer que o Código de Processo Penal Brasileiro não pode

⁹⁴ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 07.

⁹⁵ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 57.

⁹⁶ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 07.

ser delimitado, devendo as leis serem interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios constitucionais⁹⁷.

Pelo entendimento de Rangel, para ser ter um sistema acusatório puro, o Ministério Público deveria ter o ônus da prova em relação às acusações que imputou ao denunciado, permanecendo nos autos somente as provas não renováveis, e sendo excluídas do processo judicial aquelas que serão repetidas⁹⁸.

O entendimento acima vai ao encontro do anteprojeto de lei do Código de Processo Penal, que em seu artigo 399, que não foi recepcionado pela Lei 11.719/08, previa que os autos do inquérito policial, ao ser recebida a denúncia ou a queixa-crime, deveriam ser desapensados do procedimento judicial, com posterior devolução ao *Parquet*, bem como deveriam ser extraídas cópias do procedimento pré-processual e as mesmas serem encaminhadas ao defensor e querelante⁹⁹.

Ainda, o parágrafo primeiro do mesmo texto, congeminava que o juiz da instrução deveria ser diverso daquele que recebeu a denúncia e deferiu medidas cautelares no procedimento, e, por fim, relatava que o processo seria instruído apenas com as provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis¹⁰⁰.

Então, apesar de o sistema misto mascarar a separação de funções, ele só será pleno se a gestão da prova for atribuída às partes. Lopes Jr. afirma que se trata de verdadeiro reducionismo o fato de acreditar que bastaria a separação inicial das funções para se chegar a um processo acusatório. É por essas razões que, em sua doutrina, o mencionado autor considera o sistema misto como de reducionismo ilusório e insuficiente, na medida em que a gestão da prova e os poderes instrutórios ainda continuam sendo atribuídos ao juiz¹⁰¹.

Esse sistema ainda é utilizado, principalmente por países da Europa. Assim, considerando a utilização atual do sistema em questão, agrega-se o ensinamento de Mirabete:

⁹⁷ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 07.

⁹⁸ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 57.

⁹⁹ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 57.

¹⁰⁰ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 57.

¹⁰¹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 127.

No direito contemporâneo, o sistema misto combina elementos acusatórios e inquisitivos em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual local e se subdivide em duas orientações, segundo a predominância na segunda fase do procedimento escrito ou oral, o que, até hoje, é matéria de discussão¹⁰².

Nessa mesma perspectiva, através da análise dos sistemas processuais, percebe-se que eles são fruto do período político e social a que se enquadram, sendo que foram sendo alterados em razão da contextualidade vigente em cada época e lugar¹⁰³.

Apesar de ainda não ser o melhor sistema, pois a acusação não é pura, o sistema misto se aproxima do ideal, principalmente se comparado com o inquisitivo. O que traz pesar à aplicação da norma penal, hodiernamente, é que não obstante todos os erros cometidos no passado, enquanto perduraram os sistemas inquisitivos e totalitários, a atual legislação processual penal ainda traz em seu texto resquícios do fascismo em que foi inspirada, visto que em alguns casos são atribuídos poderes de instrução aos juízes, permitindo que o magistrado tenha postura ativa perante o caso concreto, esquecendo que em verdade ele é mero espectador, e tem apenas a função de julgamento, baseado na imparcialidade¹⁰⁴.

Logo, verifica-se que os sistemas inquisitorial e acusatório possuem diferenças bem traçadas, podendo se afirmar que um é o oposto do outro. O primeiro é marcado pela inquisitorialidade, a qual permite ao juiz desempenhar as funções antagônicas de investigação, acusação e julgamento, o que ocasiona um processo eivado de parcialidade. Já o segundo, tem como característica principal a separação das funções ora mencionadas, fato este que permite que o juiz conduza o processo, mas agora agindo dentro da imparcialidade, sem interferir na gestão da prova, e, assim, garantindo ao acusado seus direitos constitucionais.

Ainda, o sistema misto é uma tentativa de unificação dos dois primeiros modos de processo e, apesar de conter grandes resquícios inquisitoriais, é adotado por diversos países ao redor do mundo. No sistema misto paira uma falsa ideia de processo de garantias, isso porque na segunda fase ele é, sim, muito semelhante ao acusatório, deixando em evidência os direitos do acusado. Ocorre que de nada

¹⁰² MIRABETE, *Processo Penal*, p. 22.

¹⁰³ MACHADO, *Teoria Geral do Processo Penal*, p. 08.

¹⁰⁴ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 119.

adianta mascarar tais garantias com uma fase judicial dentro dos conformes, se por outro lado a primeira fase é totalmente inquisitiva.

A partir desta análise, acredita-se que o sistema adotado no Brasil, o acusatório, é o que traz mais garantias para o acusado e, mesmo, dentro das limitações do sistema, é o que mais se aproxima do Estado Democrático de Direito.

Após abranger os três sistemas processuais penais, interessa tratar exclusivamente do inquérito policial, abrangendo sua natureza jurídica e principais características, bem como os modos de investigação.

2 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

O Estado é o titular do *jus puniendi* e, assim sendo, quando é verificada a prática de uma infração penal, ele desenvolve, através da Polícia Judiciária, uma atividade investigatória, visando colher informações sobre o cometimento do delito, bem como sua autoria. A essa atividade persecutória que envolve uma série de diligências, dá-se o nome de inquérito policial¹⁰⁵, que é bem definido por Mirabete:

Inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais, etc¹⁰⁶.

O inquérito é um ato complexo, haja vista o conjunto de diligências necessárias para o seu regular desempenho¹⁰⁷; é o ato de investigar um fato através da colheita de informações. Tal recolhimento de elementos é realizado pela polícia judiciária, sendo que cada circunscrição territorial possui a respectiva autoridade policial responsável, e a finalidade da fase preliminar ao processo é apurar a prática de infrações penais e suas autorias¹⁰⁸.

Conforme lição de Lopes Jr., quando se lê a palavra “apuração” no artigo 4º do Código de Processo Penal, deve ser feita uma interpretação etimológica da palavra, o que leva a entender que o inquérito tem por objetivo o conhecimento daquilo que é certo, ou seja, a apuração da verdade processual. No entanto, não existe um dispositivo legal que remeta de forma clara e satisfatória ao que é o inquérito policial¹⁰⁹.

A investigação destina-se a apuração dos fatos delituosos, a fim de fornecer elementos, tanto para o arquivamento, quanto para o prosseguimento da ação penal, através da denúncia. Assim, sua natureza é instrumental. Torinho Filho traz

¹⁰⁵ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 239 e 240.

¹⁰⁶ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 60.

¹⁰⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito Processual Penal*. Vol 19. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1.

¹⁰⁸ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 290.

¹⁰⁹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 290.

em sua doutrina uma ilustração sistemática, prática e simples, de como se procede tal investigação preliminar:

Se Antônio, na cidade de Baruru, cometeu contra Pedro uma tentativa de homicídio, a Autoridade Policial, sabendo do fato, determina a abertura de inquérito policial, isto é, determina sejam feitas as necessárias investigações a respeito daquele fato e acerca da autoria. Tomam-se, então, as declarações da vítima, depoimentos das testemunhas que assistiram o fato ou dele tiveram ciência; submete-se a vítima a exame de corpo de delito, ouve-se o indiciado, isto é, o pretense autor do crime, procura-se apreender o instrumento do crime, e caso se consiga, será ele submetido ao competente exame para se constatar sua eficácia. Enfim, colhem-se todas as provas a respeito do fato e da autoria. Isso é inquérito¹¹⁰.

Sustenta Rangel que o inquérito policial é o instrumento que o Estado possui para iniciar a persecução penal, sendo caracterizado pelo conjunto de atos realizados com o escopo de encontrar os elementos de um crime. É por isso, também, que a investigação tem a função de garantir que não haja acusações infundadas, haja vista que havendo inquérito, o mesmo deve acompanhar a inicial acusatória¹¹¹.

Em suma, inquérito policial são todas as diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para que se possa apurar a materialidade e autoria de um delito e, com base nisso, a ação possa ser deflagrada por quem tenha a titularidade da ação¹¹².

¹¹⁰ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 240.

¹¹¹ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 74 e 75.

¹¹² TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 240.

2.1 Natureza Jurídica e Características

Considerando-se que o investigado não é reputado como parte do inquérito policial, pode-se dizer que este é um procedimento unilateral, e, ainda, indo mais além, pode vir a ser um procedimento administrativo¹¹³. Portanto, partindo dessa premissa e sabendo que esse ato administrativo é praticado pelo Estado, fica fácil perceber que a natureza jurídica do inquérito policial é de procedimento de índole meramente administrativa, o qual prepara a ação penal, sob o aspecto informativo¹¹⁴. Tal natureza se determina pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, sendo, nas palavras de Lopes Jr., um procedimento administrativo pré-processual¹¹⁵. O entendimento de Rangel segue a mesma linha:

O inquérito é um instituto que deve ser estudado à luz do direito administrativo, porém dentro do direito processual penal, já que são tomadas medidas de coerção pessoal e real contra o indiciado, necessitando, nesse caso, de intervenção do Estado-juiz¹¹⁶.

Nesse aspecto, Rangel explica que, a partir do momento em que o operador do direito passa a entender o inquérito como procedimento diferente do processo, visto que é administrativo, não há o que se falar em contraditório, já que a investigação tem apenas o condão de apurar a prática de um delito. Mas mesmo assim, os direitos constitucionais do acusado devem ser respeitados, haja vista que a ausência de contraditório não é uma afronta a suas garantias¹¹⁷. Quanto ao contraditório, no mesmo sentido é o entendimento de Mirabete, que acrescenta o seguinte sobre o inquérito:

¹¹³ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 107.

¹¹⁴ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 77.

¹¹⁵ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 290.

¹¹⁶ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 78.

¹¹⁷ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 78.

Constitui-se em um dos poucos poderes de autodefesa que são reservados ao Estado na esfera da repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, salvo em situações excepcionais em que a lei o ampara (formalidades do auto de prisão em flagrante, direito de permanecer calado, etc.)¹¹⁸.

Isso quer dizer que o contraditório pode ser aplicado durante o exercício da função jurisdicional, que é a ação penal, não sendo cabível, no entanto, durante a aplicação da função executiva, que seria o inquérito policial¹¹⁹. Isso se dá porque, caso fosse possível o contraditório durante a fase pré-processual, o esforço da polícia investigatória para a preparação da ação penal seria em vão¹²⁰.

A esse encontro também vai a doutrina escrita pelo penalista Bonfim, que afirma a classificação do inquérito como procedimento administrativo, mas sustenta que tal natureza não significa dizer que serão inobservados os direitos fundamentais do acusado¹²¹. Assim, o doutrinador ora mencionado explana que:

A autoridade policial, o magistrado e o Ministério Público, exercendo o controle externo da polícia, devem zelar para que a investigação seja conduzida de forma a evitar, o quanto possível, afronta aos direitos do investigado, sempre com o objetivo de equilibrar o interesse social em que o Estado desvenda a prática de uma afronta aos seus bens e interesses mais relevantes com a necessidade de respeitar os direitos e liberdades fundamentais de cada indivíduo¹²².

Dentro deste entendimento, Bonfim sustenta que o curso do inquérito não pode ser obstaculizado nem por *habeas corpus*, a não ser em casos excepcionais, como a verificação de fato atípico, ou estando ausente o interesse de agir¹²³.

Além disso, para que a atividade exercida durante a fase preliminar ao processo guarde sua natureza jurídica, é necessário que ela seja exercida por uma

¹¹⁸ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 60.

¹¹⁹ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 78.

¹²⁰ FREDERICO MARQUES apud RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 78.

¹²¹ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 107.

¹²² BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 107.

¹²³ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 107 e 108.

autoridade com potestade jurisdicional, não podendo ser considerada ou comparada com a atividade judicial ou a processual¹²⁴.

Mirabete explica que o Código de Processo Penal, em seus artigos 4º a 23, distingue claramente a investigação policial da instrução criminal, afirmando que em hipótese alguma essas fases podem ser confundidas, uma vez que o inquérito é mero procedimento administrativo informativo¹²⁵.

No entanto, existem casos em que o contraditório pode sim, e deve, ser desempenhado no exercício de função executiva, como no caso de processo administrativo disciplinar. Porém, durante a fase inquisitorial, em hipótese alguma é admitido o contraditório, nem em se tratando de provas não renováveis. Tal fato se dá, conforme os ensinamentos de Rangel, por três motivos. O primeiro é pelo fato de o inquérito ter natureza jurídica de procedimento administrativo. O segundo se dá porque, sendo o procedimento administrativo, este terá atributos que lhe são próprios, como a presunção de legitimidade. E o terceiro motivo é porque a titularidade da ação penal pertence ao Ministério Público. Desta forma, durante a fase pré-processual não há o que se falar em acusação, porquanto há mera investigação dos fatos. É por isso que o contraditório apenas se instaura após a deflagração da ação penal¹²⁶. Complementando o entendimento sobre a natureza jurídica do inquérito, Lima leciona que:

Trata-se de procedimento de natureza administrativa. Não se trata, pois, de processo judicial, nem tampouco de processo administrativo, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção. Nesse momento, ainda não há o exercício de pretensão acusatória. Logo, não se pode falar em partes *stricto sensu*, já que não existe uma estrutura processual dialética, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa¹²⁷.

Pereira classifica o inquérito como atividade de natureza zetética, no sentido de ceticismo, que se opõe, portanto, ao dogmatismo. Isso quer dizer que, sendo o inquérito policial cético, tem-se que ele vai em busca de certezas, visando evitar um

¹²⁴ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 290.

¹²⁵ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 60.

¹²⁶ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 78 e 79.

¹²⁷ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 112.

juízo precipitado, diferentemente do que se fosse dogmático, caso em que partiria de certezas pressupostas¹²⁸.

Conforme Lopes Jr. e Gloeckner, a natureza jurídica do inquérito policial é feita pela análise de sua função, estrutura e órgão encarregado. Por mais que o procedimento seja administrativo, os doutrinadores ora mencionados entendem que a natureza jurídica da fase pré-processual é complexa por englobar atos administrativos, judiciais e até jurisdicionais.¹²⁹ Nesse sentido, mencionam que:

[...] mesmo num procedimento claramente administrativo como o inquérito policial, também podem ser praticados atos jurisdicionais, mediante a intervenção do juiz, por exemplo: ao adotar uma medida restritiva de direitos fundamentais, como a prisão preventiva¹³⁰.

Sendo a investigação preliminar antecedente ao processo penal, o inquérito será procedimento administrativo quando for presidido por outro órgão estatal, que não o Poder Judiciário. Nessa hipótese, Lopes Jr. e Gloeckner classificam o inquérito policial como um procedimento administrativo pré-processual, uma vez que é dirigido pela polícia judiciária, que é órgão vinculado ao Poder Executivo¹³¹.

Como é sabido, o inquérito não necessita seguir uma ordem para a realização de seus atos, sendo eles feitos conforme a conveniência da instrução, e mesmo assim não lhe é retirada a característica procedimental, haja vista que, mesmo sem ter ordem legal rígida, a investigação preliminar possui uma sequência lógica de instauração, desenvolvimento e conclusão¹³².

Então, sendo o inquérito peça meramente informativa, os vícios porventura nele existentes não contaminam o processo que dele irá se originar. Isso quer dizer que, havendo irregularidade durante a fase pré-processual, não há que arguir

¹²⁸ PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico científica*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 45 e 46.

¹²⁹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.

¹³⁰ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 93.

¹³¹ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 93.

¹³² LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 112.

nulidade, nesse sentido, ensejando anulação do processo durante o seu curso. Tal fato se dá com base na teoria da fonte independente¹³³.

O inquérito policial é o principal instrumento estatal para investigação, sendo que, ao mesmo tempo em que ele permite “a apuração dos fatos enquanto ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime”, serve como “garantia contra apressados e errôneos juízos”¹³⁴.

Por fim, os doutrinadores Lopes Jr. e Gloeckner entendem que o inquérito policial, além de possuir natureza jurídica de procedimento administrativo, pode ser considerado como procedimento judicial pré-processual nos casos em que a investigação preliminar assume a forma judicial. Nessa classificação se enquadram os modelos de investigação pré-processual italiano e português, em que o Ministério Público é responsável pela investigação, sendo constitucionalmente incluído no Poder Judiciário, e independente do Poder Executivo¹³⁵. Nesse sentido:

Consideramos procedimento judicial pré-processual quando a investigação preliminar está a cargo de um órgão que pertence ao Poder Judiciário e dirige a investigação como base na potestas que emana do fato de pertencer ao Poder Judiciário¹³⁶.

Mesmo sendo integrante do Poder Judiciário o Ministério Público, nos países da Itália e Portugal, não possui e não realiza em sua atividade de investigação atos jurisdicionais, mas sim, atos judiciais. Além do mais, apesar de os promotores integrarem o judiciário, suas atribuições são distintas daquelas exclusivas dos juízes, visto que estes aplicam o direito objetivo ao caso concreto¹³⁷.

A investigação preliminar é um procedimento anterior à ação penal, que dará aso ao procedimento judicial chamado processo, ou até mesmo ao não processo. Assim, quando a investigação for realizada por membros do Poder Judiciário,

¹³³ LIMA, *Manual de Processo Penal*, p. 112.

¹³⁴ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 108.

¹³⁵ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 95.

¹³⁶ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 95.

¹³⁷ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 95.

podendo ser eles juízes ou promotores, a natureza jurídica do inquérito será de procedimento judicial pré-processual¹³⁸.

Ainda, há que se mencionar que o inquérito policial pode ser instaurado de ofício pela autoridade policial, por portaria ou lavratura de flagrante, ainda, podendo ocorrer, também, mediante representação do ofendido, por requisição do juiz ou do Ministério Público, e por requerimento da vítima¹³⁹.

Feita uma análise acerca da natureza jurídica da investigação preliminar, serão explanadas as suas características, haja vista que o inquérito policial possui particularidades muito importantes, sem as quais não pode ser inquérito em sua essência.

Inicialmente, cabe mencionar a característica do sigilo, por ser uma das principais. O sigilo que deve ser adotado no inquérito policial é aquele necessário para o bom andamento das investigações, as quais, como regra, devem levar à elucidação do fato. Desta forma, a divulgação das diligências a serem adotadas no bojo da investigação, muitas vezes é prejudicial ao objetivo primordial da fase pré-processual, que é a descoberta de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria¹⁴⁰.

Sendo assim, o sigilo necessário no inquérito é tão somente aquele que for imprescindível para a elucidação do fato, tendo, portanto, conforme Mirabete, ação benéfica, profilática e preventiva, em prol da sociedade, do Estado e do cidadão¹⁴¹.

Tourinho Filho explica que, como a investigação visa à descoberta de fatos criminosos, de nada valeria se não pudesse ser mantido o devido sigilo. Por mais que a regra seja a publicidade durante o processo judicial, o mesmo não ocorre durante o inquérito¹⁴², pois, conforme preceitua o artigo 20 da Constituição Federal, o inquérito será sigiloso, havendo diferenciação entre o sigilo externo e interno¹⁴³. Em relação a esse aspecto, Bonfim se exprime da seguinte forma:

¹³⁸ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 97.

¹³⁹ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 60.

¹⁴⁰ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 97.

¹⁴¹ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 61.

¹⁴² TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 253.

¹⁴³ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 104.

O sigilo externo diz respeito à restrição à publicidade dos atos de investigação com relação às pessoas do povo. Já o sigilo interno constitui impossibilidade de o investigado tomar ciência das diligências realizadas e acompanhar os atos investigatórios a serem realizados¹⁴⁴.

Porém, existem situações em que o próprio sigilo pode causar embaraços a autoridade policial, como, por exemplo, nos casos em que é necessário que se publique foto do acusado na imprensa, para que, assim, os bons cidadãos possam identificar o criminoso e entregá-lo à polícia. Apesar disso, a sigilação ainda é a regra¹⁴⁵. Nesse aspecto, Tourinho Filho diz que o sigilo não é prejudicial ao indiciado:

Com o sigilo haverá restrição à defesa? Evidentemente, não. Se no inquérito não há acusação, claro que não pode haver defesa. E se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não existe. Por isso mesmo os Advogados dos indiciados, quando se fizer necessário o sigilo, não podem acompanhar os atos do inquérito policial. Este é mera colheita de provas, mero procedimento informativo sobre o fato infringente da norma e sua autoria. O *jus accusationis* não se exerce nessa fase¹⁴⁶.

Acerca do caráter sigiloso do inquérito policial, Silva acrescenta que ele serve para facilitar as investigações¹⁴⁷. Ocorre que o sigilo do inquérito não é absoluto, uma vez que o Ministério Público e o Poder Judiciário podem, a qualquer tempo, acompanhar o seu “desenvolvimento”¹⁴⁸. Manzano afirma que também o defensor público tem essa prerrogativa, acrescentando que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, os membros do Ministério Público, Poder Judiciário e Defensoria Pública poderão ter vistas dos autos mesmo que tramitem sob segredo de justiça¹⁴⁹. Além disso, o Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/94, em seu artigo 7º, inciso XIV, disciplina que:

¹⁴⁴ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 104.

¹⁴⁵ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 254.

¹⁴⁶ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 254.

¹⁴⁷ SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Inquérito policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual*. Campinas: Millennium, 2012. p. 14.

¹⁴⁸ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 104.

¹⁴⁹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 126.

Art. 7º São direitos do advogado:

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos¹⁵⁰;

Como vimos, tal dispositivo permite que o advogado tenha vista dos autos do inquérito, sendo negado ao delegado vedar o acesso. E, além disso, o Supremo Tribunal Federal sumulou o assunto através da Súmula Vinculante de número 14, deixando evidente o direito do causídico, na defesa de seu cliente, ter vista dos autos do procedimento inquisitorial¹⁵¹. Observe-se o teor da mencionada súmula:

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 defesa¹⁵².

No entanto, existem diligências que, por sua natureza, exigem absoluto sigilo, excluindo de sua apreciação o réu e seu advogado, como é o caso da interceptação telefônica. Logicamente, o sigilo recai sobre as diligências desse caráter até a sua conclusão, sendo após, franqueada as partes acesso a tais informações¹⁵³.

Quanto ao teor da súmula acima transcrita, Silva menciona que através dela é possível verificar a sabedoria do Pretório Excelso, pois apesar de autorizar acesso aos autos do inquérito ao advogado, não o fez de forma irrestrita, de modo que pudesse trazer prejuízo às investigações e ser contrário à natureza do procedimento, que é sigiloso por excelência¹⁵⁴.

Essa é a chamada publicidade diferida que, ao mesmo tempo em que permite o sigilo de certos atos, em razão de sua natureza, também garante à parte, após o

¹⁵⁰ BRASIL. *Lei nº 8.906/1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em 27 mai. 2013.

¹⁵¹ SILVA, *Inquérito policial*, p. 14 e 15.

¹⁵² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_03>. Acesso em 01 jul. 2013.

¹⁵³ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 105.

¹⁵⁴ SILVA, *Inquérito policial*, p. 15.

término do determinado ato, acesso aos autos, garantindo, assim, seu direito de defesa¹⁵⁵. Nesse sentido, Silva:

Vale dizer, somente atos já perfeitos e acabados e cuja juntada aos autos do inquérito foi determinada pelo delegado de polícia, podem ser objeto da vista do advogado na defesa de seu cliente. Diligências em curso e as ainda não materializadas não podem ter seu acesso franqueado, sob pena de evidente inutilidade das mesmas, decorrente da publicidade¹⁵⁶.

Se, por um acaso, o procurador de um indiciado solicitar vista dos autos de inquérito policial que tenha diligências em curso e outras já determinadas, deve a autoridade policial, fundamentadamente, despachar determinando o desentranhamento das folhas referentes a tais diligências¹⁵⁷. Nesta hipótese, Silva enfatiza:

Pronto. A um só tempo foi respeitado o direito de vista do advogado do investigado e garantido o sigilo essencial ao desenrolar da apuração. Depois de ultimada a diligências pendentes, deve a mesma ser devidamente juntada aos autos, também por intermédio de despacho fundamentado.¹⁵⁸

Esse também é o entendimento de Rangel, o qual lembra, ainda, que quando a Súmula Vinculante número 14 fala em “procedimento investigatório”, não está apenas se referindo ao inquérito presidido pela autoridade policial, mas também ao procedimento investigatório a cargo do Ministério Público. Desta forma, não pode o *Parquet* negar acesso de autos de investigação que já tenham sido documentados, sob pena de constrangimento ilegal¹⁵⁹.

Além disso, naquelas investigações que correm sob segredo de justiça é vedado acesso aos autos ao advogado do acusado, sendo que, se contrário fosse, ficaria prejudicada a investigação e o caráter de inquisitorialidade do inquérito. Então,

¹⁵⁵ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 106.

¹⁵⁶ SILVA, *Inquérito policial*, p. 15.

¹⁵⁷ SILVA, *Inquérito policial*, p. 15.

¹⁵⁸ SILVA, *Inquérito policial*, p. 16.

¹⁵⁹ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 100.

embora o advogado tenha seu direito previsto no Estatuto da Ordem, somente poderá dele usufruir quando não se tratar de investigação conduzida sob segredo de justiça¹⁶⁰.

Essa é a mesma é a linha de raciocínio de Mirabete, o qual afirma que, diante da inquisitorialidade norteadora do Código de Processo Penal, fica vedada a vista dos autos ao advogado do réu, quando aquele estiver tramitando sob segredo de justiça¹⁶¹.

Por sua vez, Manzano faz uma indagação no sentido que o inquérito não é sigiloso, mas sim o que é são os meios de obtenção da prova, e somente enquanto não estiverem concluídos¹⁶². Sendo que Smanio, na mesma vertente, diz que “o sigilo não é exigido de qualquer forma, mas naquilo que for necessário a elucidação do fato e ao interesse da sociedade. Exemplo: a divulgação da fotografia do criminoso não quebra o sigilo.”¹⁶³. Ainda, Rangel sustenta que “a prerrogativa concedida ao advogado de se entrevistar com seu cliente é inaplicável nos casos de inquérito sigiloso, enquanto durar o motivo que autorizou o sigilo¹⁶⁴”.

A fase pré-processual é também obrigatória, sendo que, em decorrência da característica da obrigatoriedade, a partir do momento em que a autoridade policial souber da prática de infração penal, independente da forma como tenha chegado a seu conhecimento, ela estará obrigada a instaurar, *ex officio*, inquérito policial. A obrigatoriedade decorre do texto do artigo 5º do Código de Processo Penal, que não deixa margem para o Delegado de Polícia decidir entre instaurar ou não o inquérito policial¹⁶⁵. Nesse sentido, o processualista penal Bonfim leciona que:

É indeclinável que a autoridade policial promova a capitulação do fato investigado, e, conquanto tal capitulação seja provisória e não vincule o Ministério Público, faz-se necessária, seja para justificar a decisão inicial de instaurar o inquérito, seja ainda para a solução de questões incidentais relevantes de seu procedimento¹⁶⁶.

¹⁶⁰ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 97.

¹⁶¹ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 61.

¹⁶² MANZANO, *Curso de Processo Penal*, p. 126.

¹⁶³ SMANIO, *Direito Processual Penal*, p. 03.

¹⁶⁴ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 98.

¹⁶⁵ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 101.

¹⁶⁶ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 101 e 102.

No entanto, o exercício da ação penal, tanto a pública quanto a privada, não necessita de prévio inquérito policial, uma vez que presentes elementos suficientes para a deflagração da ação penal, a queixa ou a denúncia podem se embasar nesses, mas desde que os meios utilizados para obtenção desses elementos sejam lícitos, podendo ser através de procedimentos administrativos, ou mesmo por qualquer outro documento com a devida idoneidade.

Porém, por mais que a autoridade policial não tenha a disponibilidade do inquérito, ela tem discricionariedade de escolher quais diligências serão realizadas no curso do procedimento investigatório¹⁶⁷. A discricionariedade indica faculdade¹⁶⁸, mas em momento algum pode ser confundida com arbitrariedade, de modo que a autoridade policial pode conduzir a investigação como lhe convier, mas sempre dentro da lei¹⁶⁹. Sobre essa característica, Rangel enfatiza que:

A investigação pode ser feita com base em elementos de convicção pessoais da autoridade, desde que utilizando-se da lei para a sua consecução. Ou seja, não há imposição legal desta ou daquela forma para apurar o fato em questão. Qualquer ato arbitrário e não-discionário será corrigido judicialmente (*habeas corpus*, mandado de segurança, representação por abuso de autoridade etc)¹⁷⁰.

No entanto, havendo requisição de diligência pelo juiz, ou mesmo pelo Ministério Público, fica o delegado adstrito a realização das mesmas, não sendo necessário, todavia, que realize as diligências requeridas pelo ofendido¹⁷¹.

O caráter do inquérito também é meramente informativo, ou seja, ele não é instrumento punitivo em si, mas sim tem a simples finalidade de possibilitar a punição do sujeito caso venha a ser necessária, uma vez que a pretensão punitiva apenas é possível com a ação penal, que não pode ser exercida pela autoridade policial¹⁷².

¹⁶⁷ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 103.

¹⁶⁸ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 61.

¹⁶⁹ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 100.

¹⁷⁰ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 100.

¹⁷¹ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 104.

¹⁷² BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 103.

Assim sendo, os elementos obtidos através da investigação preliminar servem meramente para embasar a inicial acusatória¹⁷³. Não são elementos de prova, mas meros elementos de informação, sendo o inquérito policial, pois, mera peça informativa¹⁷⁴. A respeito disso, Bonfim afirma que:

Exatamente por ser o inquérito policial peça meramente informativa, os vícios incorridos durante seu trâmite não contaminarão a ação penal ajuizada. As irregularidades presentes no inquérito não invalidam o processo, atingindo somente a eficácia do ato viciado. Assim, a título de exemplo, eventual vício na lavratura do auto de prisão em flagrante deverá tão-somente redundar no relaxamento da prisão, e não na necessidade de que seja reconduzido o inquérito policial a partir desse ato¹⁷⁵.

No mesmo raciocínio se posiciona Manzano, sendo que este defende que a investigação preliminar propicia elementos para a formação da *opinio delicti*, que não fica adstrita ao indiciamento elaborado pela autoridade policial. Desta forma, se tratando de peça apenas informativa, não há que se falar em nulidade da ação por vício do inquérito¹⁷⁶.

Outra característica muito importante é o fato de o procedimento administrativo de investigação ser escrito. Tal previsão se encontra no artigo 9º do Código de Processo Penal, que prevê ser o inquérito policial escrito, assim constitui-se uma garantia do acusado, pois, uma vez que as peças do inquérito sejam apresentadas de forma escrita, a investigação estará submetida ao controle da legalidade¹⁷⁷. Em relação à forma escrita, Silva enfatiza que:

Documentar o ato praticado é importante meio de comprovar que ele foi levado a efeito, observando as regras legais que regem sua prática (e caso se perceba que a prática desobedeceu as normas materiais ou processuais, mais fácil será reconhecer a prova dele resultante como ilícita ou ilegítima, conforme o caso)¹⁷⁸.

¹⁷³ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 103.

¹⁷⁴ MANZANO, *Curso de Processo Penal*, p. 127.

¹⁷⁵ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 103.

¹⁷⁶ MANZANO, *Curso de Processo Penal*, p. 127.

¹⁷⁷ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 104.

¹⁷⁸ SILVA, *Inquérito policial*, p. 16.

Em relação ao corpo de delito, que pode englobar vários tipos de perícias, como por exemplo, a do cadáver, da arma, da droga, é reduzido a termo em um auto, que não se confunde, pois, com o laudo. Este é o resultado da perícia, subscrito por perito oficial, ou, se assim não for, por duas pessoas idôneas, e aquele é a representação dos vestígios materiais do crime, passado a termo, ou seja, escrito¹⁷⁹.

Embora as legislações francesas e italianas ainda denominem seus processos, respectivamente, como *procés verbaux* e *processo verbale*, as denominações apenas se mantêm pela tradição, sendo que, em verdade, são procedimentos escritos¹⁸⁰.

A forma escrita do inquérito se confunde com a característica da formalidade, a qual exige que as peças da investigação sejam reduzidas a termo e assinadas pela autoridade policial. Tal exigência se dá até mesmo como uma forma de evitar que as investigações apenas sejam conduzidas pelos agentes de polícia sem participação do delegado¹⁸¹. Além do mais, se verifica presente no inquérito policial a característica da oficialidade, que diz respeito a que a instauração e presidência do inquérito policial incumbe a órgão público oficial do Estado¹⁸².

Lopes Jr. e Gloeckner também falam da característica da autonomia na investigação preliminar. Segundo eles, a autonomia se divide em três planos. O primeiro é em relação ao sujeito, visto que na investigação não existem partes, mas sim meros sujeitos, sendo que, além disso, existe grande tendência em trata-los, na verdade, como objetos. O segundo plano é o do objeto, que é distinto na fase preliminar e no processo, sendo que, se o objeto do processo é a pretensão acusatória, o do inquérito “será a *notitia criminis* e o grau de cognição que devem existir acerca da materialidade e da autoria do delito”. E por fim, em terceiro plano, estão os atos: os da fase pré-processual são diversos com os do processo em si, basicamente, porque o sujeito e o objeto são diferentes e, além disso, é diverso o conteúdo da intervenção¹⁸³. Nesse sentido, os autores dizem que:

¹⁷⁹ MANZANO, *Curso de Processo Penal*, p. 125.

¹⁸⁰ TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, p. 253.

¹⁸¹ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 95.

¹⁸² MANZANO, *Curso de Processo Penal*, p. 129.]

¹⁸³ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 98.

Com elementos-chave do conceito moderno de processo, o contraditório e a defesa estão muito limitados na fase pré-processual, ao contrário do que ocorre em juízo. Além disso, a forma dos atos da instrução preliminar, em geral, está regida pela escritura e o sigilo, ao contrário do que sucede na fase processual¹⁸⁴.

A investigação preliminar é o meio de campo entre a *notitia criminis* e o processo, sendo que a autonomia se manifesta com maior força nos casos em que a ação penal é iniciada sem que tenha havido inquérito policial, ou ainda, nos casos em que houve investigação preliminar, mas não se instaurou o processo penal¹⁸⁵. É por isso, também, que o inquérito é procedimento administrativo. Sobre esta característica, Silva ensina que:

É administrativo em contraposição ao processo, que é judicial. Em que pese ser descrito e delineado no Código de Processo Penal, o inquérito não conta com uma sequência de atos predeterminada tal qual o processo. As diligências determinadas no seu bojo e o curso do procedimento são discricionários (mais isso não retira do delegado o dever de seguir o ritual imposto pelo Caderno Processual, para produção da prova que tenciona coligir¹⁸⁶.

Apesar disso, a investigação preliminar é dispensável. Assim, se o titular da ação penal tiver em mãos elementos suficientes para a propositura da ação, poderá dispensar o inquérito policial. No entanto, embora seja dispensável, o inquérito continua sendo o meio mais hábil para se encontrar elementos que ensejem a justa causa da ação penal, como autoria e materialidade. Ainda, é de se destacar, conforme artigo 12 do Código de Processo Penal, que sempre que servir de base a denúncia ou queixa, o inquérito deve acompanhá-las¹⁸⁷.

Outra característica do inquérito é ele ser unidirecional. Isso quer dizer que, sabendo-se que o propósito do inquérito é apenas a apuração do fato delituoso, à autoridade policial é defeso emitir juízo de valor acerca do caso, visto que sua

¹⁸⁴ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 98.

¹⁸⁵ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 98.

¹⁸⁶ SILVA, *Inquérito policial*, p. 14.

¹⁸⁷ SILVA, *Inquérito policial*, p. 18.

função é meramente de investigação¹⁸⁸. Deste modo, o doutrinador Rangel expressa se da seguinte maneira:

Assim, a direção do inquérito policial é única e exclusivamente à apuração das infrações penais. Não deve a autoridade policial emitir qualquer juízo de valor quando da elaboração de seu relatório conclusivo. Há relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias e sentenças. É o ranço do inquisitorialismo no seio policial¹⁸⁹.

Isso mostra como muitas vezes o Delegado de Polícia acaba sendo tendencioso, indo além daquilo que é necessário ser consignado em seus relatórios, tomando partido no caso. Ainda, no âmbito em que atua a autoridade policial, cabe ser citada a indisponibilidade do inquérito policial, que está consagrada no artigo 17 do Código de Processo Penal, uma vez que o procedimento não pode ser arquivado por iniciativa da autoridade policial. Uma vez instaurado, o inquérito deve ser conduzido até o seu encerramento, com apresentação de relatório final, ao teor do artigo 10 do mesmo diploma legal¹⁹⁰.

Outra característica citada por Lopes Jr. e Gloeckner é a da instrumentalidade qualificada. A investigação é uma fase prévia, que não tem como objetivo a satisfação da pretensão punitiva. O processo, por sua vez, é o meio para que se obtenha o reparo judicial, através da pena. Assim sendo, o inquérito, de certa forma, é um instrumento que serve para introduzir instrumentos necessários para que se chegue, ao final da ação, ao exercício da pretensão punitiva¹⁹¹. A respeito de tal aspecto inquisitorial, os doutrinadores acima mencionados dizem que:

¹⁸⁸ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 96.

¹⁸⁹ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 97.

¹⁹⁰ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 102.

¹⁹¹ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 99.

Ao afirmar que ela garante o eficaz funcionamento da Justiça, estamos considerando a possibilidade da produção antecipada de provas, a prisão cautelar para assegurar a presença do imputado, as medidas acautelatórias patrimoniais, a fim de garantir a recuperação de ativos e produtos do crime e a própria função de filtro processual, como uma fase na qual se realiza um juízo de pré-admissibilidade da imputação. Com isso ela será basicamente o instrumento que permitirá ao acusador decidir sobre acusar ou não, e também servirá ao juiz, para decidir sobre a admissão do pedido (receber ou não a acusação; acolher ou rejeitar o pedido de arquivamento)¹⁹².

Ocorre que a investigação também tem finalidades metajurídicas. Assim, quando oferecida denúncia em relação a um caso, onde fica evidente que o fato não será provado durante o curso do processo, além de a ação penal ser infundada, tem-se que levar em conta os gastos que serão utilizados para que todo o aparato estatal se movimente em vão¹⁹³.

Outrossim, o caráter do inquérito policial é essencialmente instrumental, pois a sua finalidade é possibilitar angariar elementos de prova, ou seja, é um procedimento que serve para prepara eventual ação penal que se instaure. Além disso, e no mesmo sentido, o inquérito serve como filtro processual, a fim de evitar a movimentação do judiciário em relação a fatos que não estejam suficientemente esclarecidos quanto à autoria e materialidade¹⁹⁴.

Ainda, pode se dizer que o inquérito é sistemático, pois, como afirma Rangel, a investigação policial é um livro que conta uma história, sendo que esta deve conter início, meio e fim. Diante disso, e considerando que a história narrada nos autos da investigação deve ter uma sequência lógica, ou seja, ser narrada de forma cronológica, é que se documentam as investigações nos autos do inquérito, a fim de que seja possível fazer uma reconstrução probatória dos fatos¹⁹⁵.

Por fim, porém não com menor importância, cumpre explicitar aquela que é uma das características mais marcante do procedimento investigatório, a saber: seu caráter inquisitivo. Ele se verifica pelo fato que durante o curso do inquérito policial não existem partes, nem acusação formal em face do acusado, que, diga-se de passagem, nessa fase, é mero investigado. É por isso que no inquérito policial não se utiliza o princípio do contraditório, que é existente apenas após a deflagração da

¹⁹² LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 99.

¹⁹³ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 99.

¹⁹⁴ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 101.

¹⁹⁵ RANGEL, *Direito Processual Penal*, p. 95.

ação penal, através da exordial acusatória¹⁹⁶. Acerca do caráter inquisitivo da fase pré-processual, Bonfim disciplina que:

Por isso, não integrando o processo penal em sentido estrito, conforme pacífica jurisprudência do STF e do STJ, não está sujeito ao princípio do contraditório ou da ampla defesa. O suspeito ou indiciado apresenta-se apenas como objeto da atividade investigatória, resguardando, contudo, seus direitos e garantias individuais¹⁹⁷.

Por mais que no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal estejam consagrados os princípios do contraditório e da ampla defesa, eles referem-se exclusivamente aos acusados, que são sujeitos distintos dos indiciados¹⁹⁸. Além do mais, se fosse possível a aplicação dos princípios ora mencionados durante o inquérito, uma série de particularidades que são inerentes apenas ao processo seriam também possíveis durante o inquérito, descaracterizando-o. Somente após o início da ação penal é que o antes investigado passa a ser acusado, e assim, ganha direito a observância do devido processo legal, com a aplicação dos seus demais princípios constitucionalmente previstos¹⁹⁹.

De outra via, por mais que o inquérito seja inquisitivo, ele não deixa de resguardar direitos inerentes ao indiciado, como, por exemplo, de o advogado ter vista dos autos, e de o acusado poder acompanhar-se de causídico ou Defensor Público durante o andamento das investigações, bem lembrando Silva que o que não se exige é a indispensabilidade da presença do advogado²⁰⁰. Nessa esfera, por mais que a presença do advogado não seja obrigatória durante a fase preliminar, resta claro, no entanto, que garante a ela maior credibilidade²⁰¹. Em relação a inquisitorialidade da fase policial, Silva menciona que:

¹⁹⁶ SILVA, *Inquérito policial*, p. 17.

¹⁹⁷ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 106.

¹⁹⁸ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 106.

¹⁹⁹ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, p. 106 e 107.

²⁰⁰ SILVA, *Inquérito policial*, p. 17.

²⁰¹ SILVA, *Inquérito policial*, p. 17.

[...] urge deixar claro que o fato de ser inquisitivo o inquérito policial, não significa que estão permitidas arbitrariedades. Óbvio que os conceitos não se confundem. O delegado de polícia deve ser escravo da Constituição Federal e dos mandamentos legais que regem a matéria, tendo o máximo cuidado na produção da prova que embasará futura ação penal, de forma a não maculá-la, nem atentar contra direitos individuais das pessoas envolvidas²⁰².

Cabe mencionar que o inquérito inquisitivo é diferente do processo inquisitivo, visto que, não obstante a investigação preliminar tenha caráter inquisitorial no Brasil, o sistema adotado, como já foi bem destacado, é o acusatório²⁰³. Ainda, é sempre bom lembrar que o caráter de inquisitorialidade do inquérito não descaracteriza o sistema de acusação. No entanto, bem diz Manzano, que, uma vez sendo o inquérito não contraditório, a confissão extrajudicial não tem valor probatório algum²⁰⁴.

2.2 Formas de atuação do juiz frente as provas

Colhida a prova, o juiz adota uma postura diante dela, e por ela direciona sua forma de atuação processual. O modelo convencional é o do juiz instrutor, e contraposto se verifica o modelo do juiz de garantias.

Inicialmente, urge-se explanar acerca da figura do juiz de garantias, que pretende ser introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, através do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009. A criação do juiz de garantias é o início de uma nova história dentro do processo penal, pois ele será o sujeito encarregado do exercício das funções jurisdicionais atinentes à tutela das liberdades públicas²⁰⁵. A respeito do mencionado projeto de lei, transcreve-se o dizer de Gomes:

²⁰² SILVA, *Inquérito policial*, p. 18.

²⁰³ MANZANO, *Curso de Processo Penal*, p. 126 e 127.

²⁰⁴ MANZANO, *Curso de Processo Penal*, p. 128.

²⁰⁵ CASARA, Rubens Roberto Rebello. *Juiz de garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 169.

Recentemente, passou a ser discutido no âmbito legislativo e no mundo jurídico, o Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, que pretende estabelecer reforma geral do Código de Processo Penal, e que traz uma modificação profunda no sistema processual penal brasileiro, com impacto inexorável na estrutura judicial nacional. Trata-se da criação do denominado **juiz das garantias**, previsto no Capítulo II do Título II do Livro I, este último que trata da persecução penal²⁰⁶.

A Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, que é coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, pretende incorporar na legislação penal o juiz de garantias, que irá atuar apenas na fase de investigação²⁰⁷, sendo que a comissão de elaboração tem o fim de reformar o Código de Processo Penal, adequando o mesmo aos padrões da Constituição Federal de 1988²⁰⁸. O juiz de garantias será o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela verificação da aplicação dos direitos individuais dos indivíduos que estão sendo submetidos ao procedimento investigatório, cabendo-lhe, além de outras atribuições, deliberar no que tange aos pedidos de medidas coercitivas e cautelares provenientes da autoridade policial e do Ministério Público²⁰⁹.

Esse juiz, que também é chamado de juiz de controle, juiz das liberdades, juiz garante, não é aquele que vai propriamente investigar. Ele mantém-se afastado de tal exercício, mas próximo o suficiente para que possa exercer o controle do inquérito e das medidas que nele poderão ser tomadas judicialmente²¹⁰. Cavalcanti fala acerca do juiz de garantias:

²⁰⁶ GOMES, Abel Fernandes. *Juiz de garantias*: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. Revista CEJ, Brasília, v. 14, n. 51, out./dez. 2010. p. 99.

²⁰⁷ CAVALCANTI, Danielli Souza de Andrade e Silva. O juiz de garantias na investigação preliminar criminal. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim*: escritos e estudos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 41.

²⁰⁸ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 226.

²⁰⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. *O juiz das garantias*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 10, n. 43, out./dez. 2011. p. 101.

²¹⁰ CAVALCANTI, *O juiz de garantias na investigação preliminar criminal*, p. 38, 39 e 40.

Na investigação preliminar, enfim, a (única) função que deveria caber ao magistrado consiste na apreciação de medidas que digam com a afetação (restrição ou resguardo) de direitos fundamentais, seja do investigado, do ofendido ou de terceiros, premissa igualmente válida para as investigações envolvendo titulares de prerrogativas de foro, em que tais pleitos se dirigem ao magistrado Relator, sendo apreciados, ordinariamente, em ato monocrático, independente de submissão ao Colegiado, podendo suas decisões ser contestadas perante o Tribunal. Paralelamente, são essas funções que deveriam caber ao juiz de primeiro grau no curso do inquérito policial comum²¹¹.

Outrossim, o juiz de garantias, embora não seja idêntico, em muito se assemelha com o juiz de instrução do direito Português e Alemão, que tem como objetivo garantir a legalidade das investigações²¹². Ele é diverso do juiz processual, seria uma forma de que este não se influencie nos atos pré-processuais. O que se busca, deste modo, é que o processo seja justo, sendo o juiz que julga a causa um terceiro, preocupado alheio aos interesses do caso, estando apenas no que convém para a solução da controvérsia da forma mais correta possível²¹³. Nesse aspecto, Casara menciona:

Como todos os juízes criminais, os “juízes de garantias” (e a escolha dessa nomenclatura marca a existência de múltiplas garantias a serem observadas) devem exercer o papel de assegurar o respeito aos direitos fundamentais ameaçados pelo Leviatã estatal, isto é, exercer o controle de todas as manifestações de poder que possam resultar em opressão. Em particular, juízes de garantias são concebidos como verdadeiros juízes de liberdades públicas na fase pré-processual e devem atuar na concretização dos direitos fundamentais do investigado e da vítima durante a investigação preliminar²¹⁴.

Assim, para proferir a decisão, seja ela de absolvição ou condenação, o juiz deve dar maior ênfase à prova que advém da instrução criminal, e não a inquisitorial. No entanto, as decisões de recebimento ou rejeição da denúncia, bem como de decretação da prisão preventiva, vão ser prolatadas pelo juiz do processo com base nos elementos do inquérito²¹⁵.

²¹¹ CAVALCANTI, *O juiz de garantias na investigação preliminar criminal*, p. 43 e 44.

²¹² CASARA, *Juiz de garantias*, p. 170.

²¹³ REALE JÚNIOR, *O juiz das garantias*, p. 103.

²¹⁴ CASARA, *Juiz de garantias*, p. 170.

²¹⁵ REALE JÚNIOR, *O juiz das garantias*, p. 113.

Para que o juiz de garantias possa concretizar os direitos em torno das liberdades públicas e inviolabilidades pessoais, é necessário que tenha atitude crítica, no sentido de atentar para toda e qualquer pretensão que o afaste do princípio da presunção de inocência. Sendo assim, deve estar atinado em relação às garantias constitucionais daquele que está sendo investigado, dentro da máxima que todos são inocentes, até que se prove o contrário. Nesse sentido, Casara diz que não há mais espaço para tratar declarações de policiais com presunção de legalidade, atribuindo a elas maior valor de prova²¹⁶.

O projeto de reforma está criando muitas expectativas positivas, tanto em relação aos autores que se manifestam acerca do assunto, quanto aos próprios membros da comissão encarregada por sua elaboração, sendo que a figura do juiz de garantias é o ponto mais importante para a lei projetada²¹⁷.

Segundo o que referencia o já mencionado projeto de lei, o juiz de garantias será “o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais”, consolidando assim o modelo processual acusatório, uma vez que o juiz poderá atuar de forma aprimorada em relação à proteção da intimidade do acusado, bem como de sua privacidade e honra. Isso ocorre porque, a um, estará totalmente distanciado da decisão de mérito, e a dois, porque estará especializado no exame das questões a que a ele couber dirimir²¹⁸.

O artigo 15 do projeto, e seus parágrafos 1º e 2º, elencam que a competência do juiz de garantias abrangerá todas as infrações, com exceção daquelas que sejam de menor potencial ofensivo. No entanto, cessa a competência de tal juiz no momento em que for proposta a ação penal, pois aí quem passará a tomar decisões será o juiz do processo, o qual ainda poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares que se encontrem em curso²¹⁹.

Mas para que o juiz seja realmente de garantias, não basta apenas que seja distinto do juiz processual, mas também que atue segundo o que preconiza o devido processo legal, atentando a princípios tais como o do juiz natural, presunção de

²¹⁶ CASARA, *Juiz de garantias*, p. 170 e 171.

²¹⁷ GOMES, *Juiz de garantias*, p. 99.

²¹⁸ GOMES, *Juiz de garantias*, p. 99.

²¹⁹ GOMES, *Juiz de garantias*, p. 100.

inocência, proporcionalidade, fundamentação das decisões, e, por fim, à legalidade escrita²²⁰. A esse respeito, Casara menciona o que segue:

O juiz das garantias previsto no Projeto é, verdadeiramente, um juiz das liberdades do indivíduo frente ao poder do Estado. Caberá ao juiz de garantias, em atenção às matérias previstas nos quatorze incisos e no parágrafo único do artigo 15 do Projeto, controlar o poder penal, intervindo diretamente ou autorizando “atos que afetem a liberdade e direitos de matriz constitucional”, na “salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (artigo 15, *caput*, do Projeto)²²¹.

A principal função da atividade jurisdicional, dentro da ordem constitucional, é garantir os direitos fundamentais do cidadão, devendo o juiz atuar de modo a garantir as liberdades individuais dos indivíduos que se encontrem sob o crivo da investigação, ou do processo. E é esse justamente o paradoxo que se verifica, pois, exigindo-se do magistrado essa aproximação com o material colhido durante a investigação, pode ocorrer de ser retirada sua imparcialidade quando da decisão de mérito²²². Quanto a isso, Maya explica que:

Ao juiz de garantias, nesse quadrante, competiria o resguardo da legalidade da investigação criminal e da irrestrita observância dos direitos fundamentais do suspeito, dependendo da sua autorização a concretização de medidas cautelares reais e pessoais e a busca de provas que impliquem ou possam implicar supressão de direitos fundamentais. E uma vez finda a investigação preliminar, cessará também a competência do magistrado de garantias, competindo, a instrução criminal da acusação formulada pelo Ministério Público ou pelo querelante a outro órgão jurisdicional que não tenha tido contato com a investigação²²³.

Em relação à denominação dada a esse juiz que atuará durante o inquérito, Gomes entende que a nomenclatura juiz de garantias é verdadeira redundância, uma vez que a própria existência do juiz já é a mais relevante garantia constitucional conquistada historicamente, visto que o juiz é a figura de um cidadão investido na

²²⁰ CASARA, *Juiz de garantias*, p. 171.

²²¹ GASPAR apud CASARA, *Juiz de garantias*, p. 172.

²²² MAYA, *Imparcialidade e processo penal*, p. 218 e 219.

²²³ MAYA, *Imparcialidade e processo penal*, p. 221.

autoridade pública do julgamento, que deverá ser realizada conforme normas constitucionais e leis ditadas pelo Poder Legislativo²²⁴. Nesse âmbito, Gomes complementa:

Vale dizer, a própria figura do juiz tal como prevista nas leis de organização judiciária, com base na Constituição, já traz em si a garantia do cidadão de que no processo penal sua função não se há de confundir com a função daquele órgão de outro Poder concebido constitucionalmente para perseguir o fato criminoso, e que por isso, mesmo diante da acusação estatal ou privada a ser deduzida e apurada perante o Poder Judiciário, alguém estará constituído para julgá-lo segundo regras de direito. Nisso, o juiz já é garantia²²⁵.

Nesse sentido, o juiz é a própria garantia dentro de um sistema que prime pelos direitos fundamentais do individuo ou da coletividade²²⁶. Ocorre que a intervenção do judiciário durante a fase do inquérito é passageira e excepcional, isso porque, na maioria dos casos, o inquérito inicia e chega ao fim sem que seja necessária a intervenção do juiz. Além do mais, o inquérito não é requisito necessário para que se inicie a fase processual²²⁷. Assim, Cavalcanti escreve o seguinte:

É de ver-se, por outro lado, que todas as espécies de investigação preliminar em nosso sistema, policiais ou extrapoliciais, constituem mero procedimento voltado à reunião de elementos mínimos para confirmar ou para elidir a prática de um delito. Dessas atividades, administrativas em sua essência, entendemos deva afastar-se o julgador, em prol do equilíbrio visado pela principiologia acusatória, concentrando-se apenas em suas funções precípua, aquelas que impliquem efetivamente uma prestação jurisdicional, evitando-se que se acumulem sobre o mesmo órgão as atribuições de decidir sobre a necessidade de um ato de investigação e, posteriormente, valorar a legalidade de sua prática, numa “condescendente auto-avaliação”²²⁸.

²²⁴ GOMES, *Juiz de garantias*, p. 100.

²²⁵ GOMES, *Juiz de garantias*, p. 100.

²²⁶ GOMES, *Juiz de garantias*, p. 101.

²²⁷ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 295.

²²⁸ CAVALCANTI, *O juiz de garantias na investigação preliminar criminal*, p. 41.

Diante de situação de violação ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais do acusado, o juiz deve assumir a função de garantidor, deixando de lado o modelo positivista, que, como diz Lopes Jr., já foi superado. A função que o juiz deve dotar em um Estado Democrático é constitucional, e não política. Assim, deve fundar-se na proteção dos direitos fundamentais de coletivos e individuais. Portanto, é essa a posição que o juiz deve adotar no inquérito policial, a de verdadeiro garantidor de direitos do investigado²²⁹.

Por mais que o juiz deva empregar, durante as investigações preliminares, esta postura de garante, sua atuação deve ser muito limitada, visto que, conforme ensina Lopes Jr., “o perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo²³⁰”.

Embora existam algumas situações em que o magistrado possa atuar de ofício durante a fase pré-processual, deve ele limitar-se, em prol da imparcialidade, a dirimir as situações em que for invocado pelo *Parquet*, pela polícia ou até mesmo pelo sujeito. Desta forma, a limitação deve ficar em torno do exercício do controle formal da prisão em flagrante e autorização das medidas restritivas de direitos²³¹. O mesmo é o entendimento de Gomes, que diz:

Destarte, apartado da própria substância que é o juiz, qualquer outro rótulo que pretende fazer dele mais garantia do que é, com enfoque apenas num aspecto da finalidade do processo penal de um Estado democrático de Direito, qual seja a de assegurar apenas direitos individuais do investigado, deixando nebulosidade sobre a importância da jurisdição assegurada pelo próprio processo – que não é só do acusado, mas de todos os indivíduos e da coletividade, inclusive das vítimas – a conjugação dos termos “juiz de garantias” no contexto exposto se apresenta como pura ideologia²³².

No entanto, o projeto que gera tantas boas expectativas também tem algumas incoerências, já que, depois de deflagrada a ação, o juiz do processo passará a decidir sobre aqueles assuntos que já foram solucionados pelo juiz de garantias, e que por sinal, eram de sua competência. Além do mais, o juiz competente durante a

²²⁹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 293.

²³⁰ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 293.

²³¹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 294.

²³² GOMES, *Juiz de garantias*, p. 101.

fase judicial poderá rever as decisões que foram tomadas pelo de garantias durante o curso do inquérito. Desta maneira percebe-se que, da mesma forma em que o projeto de lei inova, modificando o processo penal, ao mesmo tempo esvazia essas características. É o que diz Reale Júnior, pois “as decisões do juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que pode revogar uma prisão preventiva decretada ou decretar uma prisão preventiva não determinada pelo juiz das garantias²³³”.

A intenção do legislador ao criar o anteprojeto que ora se comenta, é de que, com a figura do juiz de garantias, pudesse ser isolada a prova constituída na fase da polícia, de modo que, no momento em que o juiz do processo for sentenciar, a prova válida para tanto seja a coligida durante a fase instrutória, salvo as provas irrepetíveis e antecipadas²³⁴.

Ainda, o projeto de lei cria o temor de que em comarcas de porte médio para pequeno, em que se tenha até dois ou três juízes, possa ocorrer de o juiz de garantias criar liames com a polícia e o Ministério Público, o que pode fazer com que seja mais tendencioso a decretar eventuais pedidos de prisões preventivas ou temporárias²³⁵.

Maya entende que o recebimento da denúncia deveria ser ato do próprio juiz das garantias, haja vista que o mesmo já estava em contato com os elementos necessários para tanto (produzidos na fase pré-processual), e, assim, o juiz do processo não se contaminaria com tais informações²³⁶. Sobre o assunto, ele diz:

No ponto, destacamos que o projeto de lei 156/2009 propõe que a decisão de recebimento ou rejeição da acusação seja proferida após a resposta do acusado, impondo ao magistrado verificar ser ou não caso de absolvê-lo sumariamente ou de declarar a extinção da sua punibilidade, o que, por óbvio, implica um atento exame de mérito²³⁷.

Essa não vinculação é decorrente da independência da função jurisdicional, independência esta, que encontra seus limites no próprio dispositivo legal, o qual

²³³ REALE JÚNIOR, *O juiz das garantias*, p. 103.

²³⁴ REALE JÚNIOR, *O juiz das garantias*, p. 112.

²³⁵ REALE JÚNIOR, *O juiz das garantias*, p. 114.

²³⁶ MAYA, *Imparcialidade e processo penal*, p. 228.

²³⁷ MAYA, *Imparcialidade e processo penal*, p. 229.

prevê que o magistrado do processo pode reexaminar as medidas deferidas pelo juiz de garantias²³⁸.

A nova redação do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, alterada pela Lei nº 11.690/2008, permite que o juiz ordene a produção de prova antecipada de ofício, antes de iniciada a ação penal. O problema do artigo, conferido por Lopes Jr., não é verificado pela determinação de antecipação da prova, mas em permitir que o juiz, sem impulso qualquer, determine a prova a seu bel prazer, atuando de ofício nesse sentido, como verdadeiro inquisidor. Além disso, os critérios são vagos, haja vista que o legislador possibilitou que tal dispositivo seja utilizado pela “necessidade e adequação”, deixando margem para que o interesse público se sobressaia ante o direito individual do imputado²³⁹. A esse respeito:

O juiz não orienta a investigação policial e tampouco presencia seus atos, mantendo uma postura totalmente suprapartes e alheia à atividade policial. No sistema brasileiro, o juiz não investiga nada, não existe a figura do juiz instrutor e por isso mesmo não existe a distinção entre instrutor e julgador²⁴⁰.

Casara defende que o grande problema em relação ao juiz de garantias se dá no campo da hermenêutica, ou seja, no momento da aplicação da norma é que surgem as dúvidas, e, conseqüentemente os problemas. Assim, considerando a nitidez, inclusive constitucional, de que o sistema processual adotado no Brasil é o acusatório, é de se ver que os juízes devem atuar de modo a resguardar garantias daquele que figurar no polo passivo, tanto do inquérito, como do processo²⁴¹. Nesse aspecto Casara defende:

²³⁸ MAYA, *Imparcialidade e processo penal*, p. 229.

²³⁹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 294.

²⁴⁰ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 294.

²⁴¹ CASARA, *Juiz de garantias*, p. 173.

Não obstante, muitos desafios se apresentam à concretização de um verdadeiro juiz de garantias. Pode-se afirmar que o poder de concretizar garantias não é um objeto capaz de ser apropriado pelo sujeito, que, ao seu desejo, o utilizaria ou não. Como todo poder, é algo que se exerce no tempo e no espaço; um fenômeno, uma prática social, e, como tal, constituída historicamente, capaz de produzir efeitos concretos para além do visível²⁴².

A efetividade da proteção que se pretende que o juiz de garantias exerça está muito atrelada ao reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais constitucionais que o investigado dispõe. Assim, “a função do juiz é atuar como *garantidor* dos direitos do acusado no processo penal²⁴³”.

Por fim, é importante esclarecer que o projeto de lei, para que tenha seu viés constitucional e democratizante exercido, necessita muito mais do que uma mudança legislativa, mas de uma luta fundada politicamente na edificação de uma cultura democrática e fraterna²⁴⁴.

Nesse sentido é o texto do artigo 168 do projeto, o qual estabelece que o juiz pode formar livremente seu convencimento nas provas que tenham sido submetidas ao contraditório judicial, sempre fundamentando a decisão. No entanto, ao ser oferecida a denúncia, chega ao fim o limite da competência do juiz de garantias, passando ao juiz processual a incumbência de receber ou rejeitar a denúncia, tendo que se basear, para tanto, nas informações colhidas durante o inquérito. Deste modo, percebe-se a grande contradição que paira nesse aspecto²⁴⁵.

De outra banda, contrapondo-se ao modelo do juiz de garantias, existe o juiz instrutor, que é a figura principal nos processos que adotam a investigação preliminar judicial, em que o juiz é a máxima autoridade, sendo responsável pelo impulso e direção oficial do inquérito. Extrai-se do posicionamento de Lopes Jr. e Gloeckner, que nesse tipo de investigação o juiz atua como protagonista da fase pré-processual, podendo realizar as diligências necessárias para obtenção de elementos suficientes para que o Ministério Público denuncie o sujeito, que posteriormente será julgado por esse mesmo juiz²⁴⁶.

²⁴² CASARA, *Juiz de garantias*, p. 172.

²⁴³ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 293.

²⁴⁴ CASARA, *Juiz de garantias*, p. 176.

²⁴⁵ REALE JÚNIOR, *O juiz das garantias*, p. 112.

²⁴⁶ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 134.

Conforme dizem Lopes Jr. e Gloeckner, a princípio, a figura do juiz instrutor era relacionada com o juiz inquisidor, confundindo-se as funções de acusador e julgador, passando a causar sérios prejuízos ao acusado. Atualmente, o juiz instrutor não pode ser assim considerado, como puro inquisidor, principalmente pelo fato de a ele não estar atrelada a função de acusação. E o que passa a vigorar agora é o princípio da oficialidade, ou seja, o juiz instrutor pode, de ofício, determinar a instauração das investigações e também decidir sobre o seu encerramento, sendo que terá a sua disposição e subordinação a Polícia Judiciária²⁴⁷. A esse respeito, os penalistas já citados, dizem que:

O juiz instrutor é livre para intervir, recolher e valorar o material, não existindo, portanto, nenhum defeito pela inatividade dos demais sujeitos. A *iniciativa/gestão probatória está inteiramente nas suas mãos, denotando o caráter eminentemente inquisitorial do sistema*. Não está vinculado em nenhum sentido aos pedidos da defesa ou da futura acusação, de maneira que pode aceitá-los ou não, segundo considere úteis e pertinentes para os fins da investigação²⁴⁸.

Geraci e Tovil afirmam que a atribuição de poderes de investigação, ao juiz, durante a fase de inquérito policial, é algo que não compatibiliza com a democracia, dentro do processo penal. Além disso, lamentam que a lei permita que o juiz possa colher dados sobre o caso antes de ser iniciado efetivamente o processo, ou seja, ainda durante a fase preliminar, criando-se, assim, a figura do juiz investigador²⁴⁹. Nesse aspecto, mencionam:

Entre correr o risco de obter um primeiro veredicto parcial e o sacrifício da verdade *possível* preferimos o primeiro, até porque eventuais erros do julgador sempre poderão ser corrigidos na segunda instância, onde oficiam magistrados que não participaram da instrução criminal nem da colheita da prova. Demais disso, parece certo que a segunda opção aqui referida – sacrifício da verdade *possível* – também resultaria num julgamento parcial e, pior do que isso, injusto...²⁵⁰

²⁴⁷ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 134 e 135.

²⁴⁸ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 136.

²⁴⁹ GERACI, Denise de Mattos Martinez; TOVIL, Joel. *Poderes instrutórios do juiz*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 5, n. 26, jun./jul. 2004. p. 36.

²⁵⁰ GERACI; TOVIL, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 37.

O juiz, como sujeito imparcial e investido de autoridade, deve adotar posicionamento *super et inter partes*. Assim, a condição de terceiro imparcial à lide é essencial à condição de juiz. Além disso, sendo a jurisdição função estatal, uma vez sendo o juiz provocado, o mesmo não pode deixar de atuar no processo²⁵¹.

Lopes Jr. e Gloeckner destacam que há um sério problema em relação à imparcialidade judicial, no sentido de que, durante as investigações, o juiz instrutor pode formar pré-juízos acerca do caso²⁵². É por isso que os poderes de instrução do magistrado devem ser exercidos com extrema precaução²⁵³.

Desse modo, para que os juízes possam exercer plenamente suas funções, alguns poderes lhes são atribuídos. Os poderes administrativos são aqueles que só podem ser exercidos em razão do processo, “a fim de evitar a sua perturbação e de assegurar a ordem e decoro que devem envolvê-lo”. E os poderes jurisdicionais são aqueles desenvolvidos no próprio processo²⁵⁴. Mas, além disso, o magistrado também tem deveres processuais, que não se limitam ao dever de sentenciar, mas também o de conduzir a lide conforme o devido processo legal e a garantia constitucional do contraditório²⁵⁵. Sobre os deveres do juiz, Cintra, Grinover e Dinamarco mencionam o seguinte:

O juiz também tem *deveres* no processo. Todos os poderes de que dispõe caracterizam-se como poderes-deveres, uma vez que não lhe são conferidos para a defesa de interesses, ou o próprio Estado, mas como instrumento para a prestação de um serviço à comunidade e particularmente aos litigantes²⁵⁶.

A atividade judicial tem como requisito essencial o tratamento isonômico entre as partes, e para que isso ocorra é necessário que seja dispensado tratamento diferenciado para aqueles que não se encontram em situação de igualdade²⁵⁷.

²⁵¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 313.

²⁵² LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 137.

²⁵³ GERACI; TOVIL, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 35.

²⁵⁴ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 313.

²⁵⁵ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 313.

²⁵⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, p. 313.

²⁵⁷ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Coleção Sinopses Jurídicas. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 83.

Lopes Jr. e Gloeckner, sempre com visão mais crítica, dizem que a prova, no sistema do juiz instrutor, não é apenas produzida na sua presença, mas é, inclusive, por ele produzida. Assim, o magistrado pode atuar de ofício na busca da prova, sem mesmo impulsionamento do Ministério Público ou acusador privado²⁵⁸.

Nesse contexto, são elencadas algumas das diligências que podem ser tomadas pelo juiz instrutor, a saber: proceder ao interrogatório do investigado, utilizar medidas cautelares pessoais ou reais; conceder a liberdade provisória; designar defensor para o sujeito passivo; realizar inspeções judiciais e ordenar perícia; proceder ao reconhecimento de pessoa e coisas; e intimar e ouvir a vítima e testemunhas. Isso quer dizer que o juiz procederá às investigações por si mesmo, ou a Polícia Judiciária agirá sob a sua ordem²⁵⁹. Em relação aos poderes de instrução do juiz, Jorge sustenta que:

Particularmente no que diz respeito aos poderes instrutórios do juiz, há que reconhecer que, antes de mais, eles encontram um limite natural nas garantias das partes, assumindo particular importância, neste caso, a garantia das partes, assumindo particular importância, neste caso, a garantia de imparcialidade do tribunal²⁶⁰.

Por fim, no que tange ao modelo do juiz instrutor, verifica-se que o Ministério Público e a defesa são apenas considerados colaboradores da investigação, podendo o juiz dirigir o inquérito de forma contrária ao que opinou o *Parquet*. E é por isso também que cada sistema processual deve consagrar um sistema recursal para que as decisões do juiz instrutor possam ser impugnadas, pois só assim será possível evitar os arbítrios e ilegalidades que porventura possam ser cometidos²⁶¹.

Portanto, diante de toda a explanação feita ao longo deste capítulo, pode-se perceber que o inquérito policial possui natureza jurídica de procedimento administrativo, com caráter meramente informativo, destinado a angariar elementos que levem ao oferecimento da exordial acusatória, iniciando-se, com isso, a ação penal, que é totalmente diferente da fase preliminar. Além disso, o inquérito, por ser

²⁵⁸ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 135.

²⁵⁹ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 135.

²⁶⁰ JORGE, Nuno de Lemos. *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*. Julgar, Lisboa, n. 3, set./dez. 2007. p. 64.

²⁶¹ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 136.

prévio ao processo, também tem o condão de não permitir que ações infundadas sejam deflagradas, haja vista que a denúncia ou queixa-crime, quando existente o inquérito policial, deve se ater aos seus elementos, tais como indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito.

Outrossim, conforme já esclarecido, o inquérito é um procedimento que possui características muito peculiares, podendo ser citadas, como principais, as propriedades do sigilo e do caráter inquisitivo.

Por fim, verifica-se que, colhidas as provas, o juiz deve adotar uma postura frente a elas, conduzindo, assim, o processo. Acontece que o modelo convencional de juiz, chamado de juiz instrutor, encontra-se ultrapassado, sendo que o novo juiz de garantias, que ainda nem foi implementado legalmente no processo penal brasileiro, vem para garantir que os direitos do investigado sejam totalmente preservados.

Desse modo, após o exposto, cabe fazer uma análise mais prática do inquérito policial e da confissão porventura nele feita, abordando-se aspectos acerca da tortura, e ilustrando-se o trabalho com posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

3 A (IN) VALIDADE PROBATÓRIA DA CONFISSÃO NA FASE POLICIAL: A PERPETUAÇÃO DA TORTURA NO SISTEMA PENAL

Os elementos obtidos durante a fase policial, dentre eles a confissão extrajudicial, são valorados como meros atos de investigação, sendo incabível utilizá-los como embasamento condenatório²⁶². Deste modo, verifica-se que o magistrado, ao analisar a prova, deve rechaçar de imediato qualquer elemento que remeta à confissão feita na fase policial²⁶³. Além do mais, a Carta Magna prevê como sistema de avaliação da prova o do livre convencimento motivado, o qual permite que o juiz dê seu parecer utilizando-se de seu livre convencimento, mas desde que fundamentado nos autos²⁶⁴.

Após brevíssimo relato sobre a avaliação das provas, especialmente dos elementos pré-processuais no processo judicial, questiona-se a validade da confissão extrajudicial para embasamento de eventual decisão condenatória. Deste modo, faz-se necessária uma análise acerca da confissão, bem como dos métodos hodiernamente utilizados para sua obtenção (muitas vezes ilícitos), e, ainda, uma verificação doutrinária, e mais que isso, jurisprudencial, acerca do assunto.

3.1 Confissão: conceito, espécies e particularidades

A confissão nada mais é do que a admissão da prática de um crime pelo acusado, sendo que para o ato ser válido é necessário que apresente algumas características a ele inerentes, a saber: deve ser expresso, livre, voluntário, pessoal, e, por fim, deve ser realizado perante autoridade competente²⁶⁵.

Ainda, a confissão há de ser verossímil, ou seja, deve estar amparada pela lógica e pelo bom senso, bem como deve ser certa, não sendo aceita a confissão

²⁶² LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 323 e 324.

²⁶³ LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 302.

²⁶⁴ NUCCI, *Código de Processo Penal Comentado*, p. 357.

²⁶⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio "nemo tenetur se detegere" e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37.

presumida. Outrossim, deve ser inteligível, o que quer dizer que suas declarações não sejam contraditórias, obscuras ou ambíguas, sempre lembrando que a confissão deve guardar sintonia com as demais provas colhidas no processo²⁶⁶. O seu conceito é bem demonstrado por Nucci, conforme segue:

Confessar, no âmbito do processo penal é admitir, contra si, a prática de fato criminoso, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento e fazendo-o de forma voluntária, expressa e pessoal, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo²⁶⁷.

No mesmo prisma, Mirabete disciplina que a confissão é o reconhecimento, pelo próprio réu, acerca da veracidade dos fatos que são a ele imputados. O mesmo doutrinador acrescenta que o ato deve ser passível de ocasionar consequências jurídicas contrárias ao interesse do confessante²⁶⁸.

Somente o sujeito a que se atribuiu fato criminoso, seja ele indiciado ou réu, é que pode confessar. Desta forma, verifica-se o caráter personalíssimo da confissão, que além do mais é divisível, sendo possível que o acusado confesse apenas parte do crime, ou confesse o fato, mas alegue excludentes de ilicitude a seu favor²⁶⁹.

Foucault entende que o acusado confesso representa a verdade viva do processo, e, ainda, sustenta a ambiguidade existente na confissão, pois, se de um lado diz-se que não é mais tida como *evidentia rei*, de outra parte, na prática, ela tende a ganhar maior valor que qualquer outra prova quando da valoração pelo magistrado. Acerca da confissão, Foucault entende que é também elemento no cálculo da verdade, e acrescenta que com ela o acusado passa, ele próprio, a tomar partido na produção da verdade penal²⁷⁰.

Além do mais, a admissão de cometimento de crime só será considerada confissão quando feita para a pessoa certa, ou seja, para a autoridade competente,

²⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*: O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 122 a 123.

²⁶⁷ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 95.

²⁶⁸ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 286.

²⁶⁹ SILVA, *Inquérito policial*, p. 82.

²⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História da violência nas prisões. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 57.

seja na fase extrajudicial ou judicial²⁷¹. Por outro lado, somente a confissão realizada perante o juiz, em sede processual é que tem validade²⁷². Nesse sentido:

De que adiantaria ao indiciado admitir sua responsabilidade penal (que, já vimos, não pode ser confundida com o mero reconhecimento de autoria) perante a autoridade policial (ou outra qualquer), se esta não tem como dela extrair consequências jurídicas para o processo penal e sobre ela emitir qualquer juízo de valor?²⁷³

Dessa maneira, analisando a confissão como prova, somente a judicial é que tem valor, e mesmo assim não é sinônimo de condenação, haja vista que pode ser rejeitada no todo ou em parte, pelo magistrado²⁷⁴. De qualquer forma, a confissão classifica-se, quanto ao local, como extrajudicial e judicial. Nesse sentido, Nucci afirma o seguinte:

Quanto ao local, há duas espécies de confissão: judicial e extrajudicial. A primeira é produzida diante da autoridade judiciária competente para julgar o caso e a segunda abrange todas as demais oportunidades de investigação de infrações penais, previstas em lei, diante de autoridades policiais, parlamentares ou administrativas²⁷⁵.

A confissão extrajudicial é comumente chamada de confissão policial, e seu único valor é o de proporcionar elementos suficientes para que o acusador ajuíze a ação penal²⁷⁶. Mas deve-se ter em mente que a confissão extrajudicial pode ser colhida durante o curso de outros procedimentos administrativos, que não o inquérito policial, estando englobadas, portanto, as Comissões Parlamentares de Inquérito, e até mesmo as sindicâncias de processo administrativo, mas em ambos os casos a

²⁷¹ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 97.

²⁷² HAMILTON, Sérgio Demoro. *O desvalor da confissão policial*. Revista da AJUFE, Brasília, v. 17, n. 59, out./dez. 1998. p. 403.

²⁷³ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 403.

²⁷⁴ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 403.

²⁷⁵ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 102.

²⁷⁶ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 399, 410 e 411.

confissão deve se dar na presença da autoridade competente. Mesmo assim, ela não tem a força de prova direta, sendo nada mais que indício²⁷⁷.

Dessa forma, verifica-se o desvalor ou pequeno valor da obtenção da confissão extrajudicial, já que é mero indício para ajuizamento da ação, não servindo como elemento de prova, e apenas passando a ser quando realizada ou confirmada no interrogatório judicial. Além disso, quando se analisa a confissão, deve ser observada a consciência do confessante ao fazê-la²⁷⁸.

A confissão realizada na fase policial deve ser vista de forma limitada, pois, como já se explanou, os elementos colhidos durante o inquérito são meramente informativos, e também pelo fato de que eventual confissão colhida durante a fase pré-processual não está amparada pelas garantias da ampla defesa e do contraditório²⁷⁹. Sob essa visão, Nucci explica que:

Não bastante ser raro o interesse de alguém em admitir a culpa por algum crime, mormente grave, sabendo das consequências de seu ato, e porque é uma tendência natural do ser humano não se acusar, considerar a confissão policial uma prova *direta* é um engano a ser evitado. De longa data, existem advertências doutrinárias e jurisprudenciais, nacionais e estrangeiras, a respeito dos perigos da prova produzida longe do crivo do contraditório²⁸⁰.

Não obstante a diferenciação entre as confissões extrajudiciais e judiciais, Lopes Jr. enfatiza que a distinção entre elas perdeu o significado no processo penal atual, haja vista que somente a judicial terá valor probatório²⁸¹. Ainda, Hamilton afirma que o destinatário da confissão deverá sempre ser a autoridade judiciária, uma vez que somente por ela poderá ser feita a valoração da confissão, valendo-se das particularidades que cada caso concreto exige²⁸². É por isso que não se considera mais a confissão como a *regina probationum*, como no tempo em que era

²⁷⁷ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 102 e 134.

²⁷⁸ MENDES, Nelson Pizzoti. *Apontamentos sobre a confissão extra-judicial, em matéria criminal*: Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo. São Paulo, n. 9, jul./set. 1969. p. XXXVII.

²⁷⁹ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 142.

²⁸⁰ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 142.

²⁸¹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 646.

²⁸² HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 409.

colocada na posição do pedestal das provas²⁸³. Nesse sentido, Silva doutrina o que segue:

Os artigos 197 e seguintes do CPP demonstram a cautela do legislador com o instituto da confissão. Outrora a rainha das provas, buscada a todo custo e por meios muitas vezes ilegais, a confissão é apenas um dos meios probantes admitidos no caderno processual e que tem o mesmo valor das outras provas eventualmente coligadas no curso do feito²⁸⁴.

É sabido que o ato de confessar é um elemento de prova que não tem valor absoluto. No entanto, ainda nos dias de hoje existem certos “mitos” acerca da confissão, que muitas vezes é encarada como a antiga rainha das provas, esquecendo-se que em verdade, só terá sentido no processo se valorada com demais provas²⁸⁵. Queijo, doutrinando acerca da confissão dentro do contexto do direito de não produzir prova contra si mesmo, elenca o que segue:

[...] as resistências que o princípio *nemo tenetur se detegere* encontra para ser aplicado, em sua inteireza, no processo penal ainda estão associados à ideia de que o acusado deve contribuir para a apuração da verdade material. Em outras palavras, a ideia de confissão como algo esperado está sempre presente nas referidas resistências²⁸⁶.

Sob esse óbice, denota-se que até mesmo o silêncio não importa em confissão, e não pode ocasionar, de qualquer maneira, prejuízo para a parte ré (artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal)²⁸⁷. Não obstante tal fato, o artigo 198 do Código de Processo Penal prevê que mesmo silêncio não acarretando em confissão, há possibilidade de que o juiz forme seu convencimento através dele. Nesse aspecto, Nucci afirma que, com o advento da Constituição de

²⁸³ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 401.

²⁸⁴ SILVA, *Inquérito Policial*, p. 84.

²⁸⁵ QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, p. 90.

²⁸⁶ QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, p. 90.

²⁸⁷ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 77.

1988, não restam dúvidas de que tal afirmativa do diploma legal foi revogada, haja vista que o silêncio é um direito do acusado, e a ele não acarreta ônus algum²⁸⁸.

A verdade que se busca no processo é aquela mais próxima o possível da realidade, mas sem extrapolar os limites legais e éticos²⁸⁹. A apuração da verdade é, geralmente, angariada no momento do interrogatório, que é considerado, primariamente, meio de defesa, e, posteriormente, meio de prova²⁹⁰. Tal afirmação de Nucci coliga-se ao entendimento de Lopes Jr., o qual verifica que, frente ao processo penal acusatório e constitucional, que é o brasileiro, o interrogatório, antes de qualquer coisa, é meio de defesa do acusado, podendo servir como prova judicial quando coligado com as demais provas obtidas²⁹¹. Acerca do interrogatório, atente-se para o que diz Nucci:

Em síntese, pois, nota-se ser o interrogatório um meio primordial de defesa, mas não perde o seu caráter de meio de prova. Nessa oportunidade, o réu pode utilizar o seu direito ao silêncio – absoluto, sem consequências prejudiciais à sua defesa–, bem como pode preferir confessar²⁹².

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, demandam que a prova oral seja colhida em juízo, assim sendo, como a confissão íntegra a prova oral, ela deve ser colhida na ocasião do interrogatório. Ou seja, a prova oral para ter valia, deve ter se sujeitada a jurisdicionalização²⁹³. Nessa esteira, Nucci enfatiza:

A confissão extrajudicial, pois, tratando-se de peça extraída de um procedimento inquisitivo, sem a incidência do contraditório, normalmente sem publicidade e avesso às oportunidades de produção de prova defensiva, deve ser examinada pelo juiz como mero indício e jamais como prova direta do fato criminoso²⁹⁴.

²⁸⁸ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 77.

²⁸⁹ QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, p. 37.

²⁹⁰ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 73.

²⁹¹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 646.

²⁹² NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 81.

²⁹³ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 404 e 405.

²⁹⁴ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 143.

Foucault entende que o acusado que confessa “se compromete em relação ao processo; ele assina a verdade da informação²⁹⁵”, e Hamilton se agrega a esse entendimento, ao defender que, ao confessar, o imputado toma para a si a responsabilidade do ato criminoso que cometeu, ou seja, reconhece e assume a responsabilidade²⁹⁶.

De modo diverso à ideia explanada até agora, existe posicionamento doutrinário no sentido de que o juiz deve estimular, e inclusive diligenciar, na busca da verdade o tanto quanto mais próxima da real²⁹⁷, entendimento este que vai de encontro a todas as garantias reservadas ao acusado, pois se assim fosse possível, não seria absurdo também permitir-se a tortura para a obtenção da confissão, comportamento jurídico que é totalmente contrário ao Estado Democrático de Direito, que é o Brasil. A confissão é um meio de prova legítimo, mas o que o torna o ato ilegítimo, muitas vezes, é o modo como é obtida²⁹⁸. Sobre a questão, Nucci elenca:

Além de ser a aceitação da autoria de um crime, é preciso salientar que essa manifestação deve ser voluntária, vale dizer, produzida livre de qualquer coação pelo declarante [...]. Não sendo fruto da voluntariedade, significa não haver desejo, por parte do confitente, de admitir a prática do fato criminoso, nem de qualquer outro fato contrário ao seu interesse. Assim, ausente a vontade, inexistente a confissão válida. O indivíduo que, por exemplo, fosse torturado a dar determinada declaração, importando em confissão, estaria sendo constrangido a emitir um testemunho que não forneceria, não fosse a violência sofrida. Logo, além de totalmente contrário aos interesses do Estado (produção de prova por meio ilícito), jamais se conseguiria garantir a autenticidade dessa confissão extraída daquela forma violenta, vale dizer, não há como ter certeza de terem os fatos se passado, realmente, como o confitente expressou sob pressão²⁹⁹.

Apesar disso, não pode se generalizar a ilicitude das confissões obtidas mesmo em fase policial. Há que se levar em conta que a confissão séria, com lisura, sendo realizada pelo acusado ainda na fase da polícia, contém maior espontaneidade, em razão de que o tempo decorrido do crime é geralmente recente, e os elementos do fato cometido ainda estão “frescos” na memória do indiciado.

²⁹⁵ FOUCAULT, *Vigiar e punir*, p. 58.

²⁹⁶ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 409.

²⁹⁷ BEDAQUE apud QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, p. 36.

²⁹⁸ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 95.

²⁹⁹ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 96 e 97.

Porém, como se sabe, o valor probatório do ato de confessar só se dará no momento em que for confirmada perante o magistrado³⁰⁰.

Além da ratificação da confissão no Judiciário, também é necessária a angariação de elementos de prova que, coligados com o interrogatório do réu, possam levar à conclusão de que o fato criminoso realmente ocorreu, sendo o sujeito ativo do crime o réu. Portanto, de nada vale a confissão como prova isolada³⁰¹.

O objeto da confissão é a manifestação do acusado quanto à autoria do delito e demais circunstâncias que envolvem o ato criminoso, em simples palavras “confessar o crime é admitir a autoria”, sendo que se incluem no contexto da confissão todos os elementos admitidos pelo acusado que sejam contrários aos seus interesses. Nesse ponto, cita-se o *modus operandi*, condições de tempo e lugar, motivos que levaram ao cometimento do crime, e demais circunstâncias que agravantes ou qualificadoras³⁰². De modo resumido, o objeto da confissão é a imputação, o fato criminoso e suas circunstâncias³⁰³.

Nessa esteira, verifica-se que a confissão do processo penal é diferente da do civil, pois neste o confessante pode renunciar direitos indisponíveis, no entanto, quando se trata de demanda criminal, os direitos em jogo são, na maioria, indisponíveis, haja vista que dizem respeito à liberdade, vida, integridade física³⁰⁴. Acerca da ideia de inquisitorialidade agregada à confissão, Lopes Jr. sustenta:

Deve-se insistir na necessidade de abandonar-se o ranço inquisitório (e a mentalidade nessa linha estruturada), em que a confissão era considerada a “rainha das provas”, pois o réu era portador de uma verdade que deveria ser extraída a qualquer custo. No fundo, a questão situava-se (e situa-se, ainda) no campo da culpa judaico-cristã, em que o réu deve confessar e arrepender-se, para assim buscar a remissão de seus pecados (inclusive com a atenuação da pena, art. 65, III, “d”, do Código Penal). Também é a confissão, para o juiz, a possibilidade de punir sem culpa. É a possibilidade de fazer o mal através da pena, sem culpa, pois o herege confessou seus pecados³⁰⁵.

³⁰⁰ MENDES, *Apontamentos sobre a confissão extra-judicial, em matéria criminal*, p. XXXVII.

³⁰¹ MENDES, *Apontamentos sobre a confissão extra-judicial, em matéria criminal*, p. XXXVII.

³⁰² NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 100 e 101.

³⁰³ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 286.

³⁰⁴ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 101.

³⁰⁵ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 646.

A confissão trifurca-se, dividindo-se em simples, complexa e qualificada. Será simples quando o acusado reconhecer pura e simplesmente a autoria do crime. A complexa ocorre do mesmo modo, no entanto, há pluralidade de fatos confessados. E, por fim, a confissão qualificada seria aquela que ocorre quando o confessante admite a autoria do fato, mas acrescenta circunstâncias que reforçam seu direito de liberdade³⁰⁶.

Quanto à confissão qualificada, há entendimento que ela não pode ser assim admitida, haja vista que no momento em que o réu declara-se autor de um crime, mas ao mesmo tempo demonstra circunstância que não cause o prejuízo da pena, ele não está reconhecendo a responsabilidade pela infração penal que cometeu, e, sim, afastando-a. Pois, se Tício causa lesões corporais em Caio, mas ao falar em juízo sustenta que praticou o ato em legítima defesa, “ele não está confessando, mas apenas reconhecendo a autoria material do fato criminoso. Ora, isto não é confissão”³⁰⁷.

Por outro lado, há quem defenda que a confissão qualificada é, sim, uma espécie de confissão em sentido próprio, isso porque, por mais que o acusado admita prática de crime e ao mesmo tempo apresente circunstância que o beneficia, não se pode esquecer que a confissão é divisível. Assim, o juiz irá valorar a prova da confissão de acordo com as demais presentes nos autos, podendo utilizar partes do relato do réu, e “desacreditar” em outros³⁰⁸. Nesse sentido, Nucci sustenta que:

A confissão qualificada, no contexto do ônus da prova, deve ser encarada como sendo divisível, cuja missão de provar o fato benéfico cabe ao réu, mas contanto contando ele com o princípio da presunção de inocência. O juiz, no exemplo dado da legítima defesa, pode acreditar que o réu atirou na vítima, mas não crer que tenha sido sobre o manto dessa excludente de ilicitude (divisibilidade). A tarefa de provar a referida excludente é do acusado. Mas, caso ele consiga demonstrar parcialmente o que está alegando, havendo dúvida se houve ou não a legítima defesa, não pode o julgador deixar de considerá-la em favor do réu³⁰⁹.

³⁰⁶ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 286.

³⁰⁷ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 402.

³⁰⁸ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 104.

³⁰⁹ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 104.

O penalista Nucci entende que a confissão bifurca-se apenas em simples ou qualificada, não mencionando a complexa da classificação de Mirabete. Para ele, simples é a confissão puramente, sem qualquer acréscimo, apenas há a admissão da culpa. Já a confissão qualificada é aquela em que o confitente admite a prática do delito, mas em seu favor, levanta a ocorrência de circunstância que possa excluir o crime, minorar ou excluir a pena³¹⁰.

Não existe presunção de veracidade em relação à confissão, pois se assim fosse possível, o ônus da prova que pertence à acusação estaria sendo invertido³¹¹. A prática de presumir-se a veracidade deve, decerto, ter origem histórica, uma vez que se o legislador tivesse a intenção de incluí-la no ordenamento jurídico brasileiro, o teria feito de forma expressa. Leva-se a crer que tal ranço inquisitório deriva do texto de alguns códigos estaduais que vigoravam antes da promulgação do atual Código de Processo Penal, pois previam que o inquérito policial tinha valor probatório até a verificação de prova em contrário³¹².

A confissão também pode vir a ocorrer perante o Tribunal do Júri, caso que o ato tomará proporções diferentes de que se tivesse sido praticado perante um juiz togado e não juízes leigos, que são os jurados. Perante o conselho de sentença do júri, a confissão é tida praticamente como absoluta, haja vista que os jurados do crime doloso contra a vida não têm o conhecimento técnico acerca do direito, e dão seus veredictos embasados na livre convicção³¹³.

Mas seja em qualquer âmbito que ocorra, quanto maior a espontaneidade da confissão, maior será sua autenticidade. A voluntariedade não tem a ver apenas com o ato do interrogatório em si, mas engloba acontecimentos anteriores e posteriores ao ato, haja vista que a pessoa pode ter sido coagida para, no momento oportuno, confessar, dando a impressão de ser um ato legítimo³¹⁴. Sob esse aspecto, Nucci enfatiza que “a confissão deve ser um ato voluntário e, portanto, praticado livremente pelo seu autor. Envolvendo direitos fundamentais, entre os quais a liberdade, é natural que possa ser retratável a qualquer tempo. Não há óbice legal a tanto”³¹⁵.

³¹⁰ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 103.

³¹¹ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 105.

³¹² LOPES JR.; GLOECKNER, *Investigação Preliminar no Processo Penal*, p. 302.

³¹³ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 83.

³¹⁴ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 125 e 126.

³¹⁵ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 132.

O direito de retratação da confissão está assegurado ao réu no artigo 200 do Código de Processo Penal. Quanto ao ato de se retratar “a simples negação da prática do fato não é retratação, pois esta tem como pressuposto o reconhecimento de se ter feito uma afirmação anterior”. Porém, a retratação judicial de nada beneficiará o acusado se houver elementos probatórios suficientes que levem à condenação, como por exemplo, apreensão da *res furtivae* e depoimento de testemunhas visuais³¹⁶.

É de ver-se que a retratação é admitida somente durante a fase judicial, uma vez que durante o inquérito o indiciado não é sujeito de direitos, e, assim, caso tenha fornecido alguma declaração inverídica perante o Delegado de Polícia, poderá descrever a realidade dos fatos posteriormente, perante o juiz. No mais, apesar de existir o instituto jurídico da retratação, o juiz não tem obrigação de acatá-la, pois sua análise será feita conjuntamente com as demais provas dos autos. Assim, a retratação poderá ser válida ou inválida³¹⁷.

Quando se fala em retratação, entende-se que houve admissão da prática de crime durante a fase policial, sendo que tal afirmativa veio a ser negada durante a fase judicial, e, deste modo, não há que se falar em confissão, uma vez que os elementos inquisitoriais não podem ser valorados como prova³¹⁸. Mendes, assim se posiciona:

Para evitar a incidência assustadora das retratações judiciais, em confissões obtidas ou produzidas na polícia, seria de boa política administrativa a realização de exames físicos ou mesmo físico-psíquicos nos presos correccionais, por força de flagrante ou provisórias, ou ainda nos meros suspeitos que eventualmente estivessem na polícia, assim que dessem entrada na repartição policial, até a realização do ato da confissão; após o que, nôvo exame constataria ineludivelmente a ausência de lesões oriundas de torturas ou servícias³¹⁹. [sic]

Isso quer dizer que quando o acusado se retrata em juízo, ele está, na verdade, repudiando a confissão que havia feito na fase inquisitiva. Assim, o

³¹⁶ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 288 e 289.

³¹⁷ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 133 e 134.

³¹⁸ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 647.

³¹⁹ MENDES, *Apontamentos sobre a confissão extra-judicial, em matéria criminal*, p. XXXVIII.

convencimento do juiz deve ser formado através de outras provas presentes nos autos³²⁰.

Além disso, a confissão pode ser também tácita, além de expressa, caso aquele em que será ficta, deduzida de um ato pela lei, mas não se adota tal modalidade confessionária no Brasil. A confissão tácita dá-se, em alguns países, quando alguns atos do acusado, como a fuga ou o silêncio, são interpretados como admissão da prática da acusação que sobre o réu recai³²¹.

Ainda, sustenta-se que a confissão não pode ser confundida com a autodenúncia, haja vista que somente confessa quem está sendo acusado da prática de crime, e aquele que, antes mesmo de se encontrar no polo passivo de processo judicial, ou mesmo de investigação policial, assume a prática de um delito. Salienta-se que quando da autodenúncia não há sequer suspeita de que aquela pessoa é o autor do fato³²².

Por fim, mesmo se fazendo presentes no ato de confessar todos os elementos atinentes à admissão da prática de crime, de nada terá valor a confissão, se não for praticada por pessoa capaz. Desta forma, se insano mental admitir a prática de crime, confissão não será³²³.

Em síntese, pode-se dizer que a confissão extrajudicial não traz prejuízos nem benefícios ao acusado, visto que não é considerada como meio de prova pelo sistema processual brasileiro, e, sendo assim, é um ato que não terá valor processual³²⁴.

³²⁰ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 410.

³²¹ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 287.

³²² NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 105.

³²³ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 98.

³²⁴ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 403.

3.2 A tortura para fins de confissão penal: posicionamentos doutrinários e divergências jurisprudenciais

A partir do momento que a confissão deixou de ser a rainha das provas, passou a ser inadmissível o emprego de meios cruéis para a sua obtenção. Portanto, a ideia de que a confissão é um sinal da culpabilidade do réu deve ser rechaçada do atual ordenamento jurídico e contexto social que se vive, chegando a ser absurda a antiga ideia de equiparação entre confissão e coisa julgada³²⁵.

Beccaria, em seu clássico publicado em 1764, abordava a questão da tortura para com o acusado, caracterizando-a como verdadeira crueldade, e enfatizando que não se pode declarar uma pessoa como culpada antes do trânsito em julgado, enfatizando que o abuso da tortura não poderia ser tolerado ainda no século XVIII³²⁶. Menciona o doutrinador ora citado, acerca da tortura:

Uma crueldade que o uso consagrou na maioria das nações é a tortura do réu durante a instrução do processo, quer para força-lo a confessar um delito, quer por ele ter caído em contradição, quer ainda para descobrir os cúmplices, ou por quem sabe qual metafísica e incompreensível purgação da infâmia, quer, finalmente, por outros delitos de que poderia ser autor, mas dos quais não é acusado³²⁷.

A tortura, para obtenção da confissão, seria um meio de fazer com que os fortes se tornem inocentes e os fracos, culpados. Isso porque, sendo levado a meios tortuosos, mesmo o inocente confessa para se ver livre dos horrores que com ele cometem. O inocente só tem a perder, pois é submetido à tortura, que já é uma pré-pena, e, ainda, pode vir a ser condenado, enquanto o culpado que tenha resistido às práticas de torturas e não tenha confessado, se beneficiará com a absolvição³²⁸. Em relação ao emprego de tortura na obtenção da confissão, Silva sustenta:

³²⁵ MENDES, *Apontamentos sobre a confissão extra-judicial, em matéria criminal*, p. XXXVI.

³²⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 69.

³²⁷ BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 69 e 70.

³²⁸ BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 72, 74 e 75.

Os tempos modernos não admitem a prática de qualquer tipo de pressão, tortura ou coação, no sentido de forçar o investigado a confessar a prática delitígena. A polícia tem à sua disposição uma infinidade de outros meios de demonstrar a responsabilidade de determinado investigado, em face do cometimento de determinado delito. Anote-se que constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa é crime tipificado na Lei nº 9.455/97 (que pune o crime de tortura)³²⁹.

Por isso, estando o Delegado de Polícia perante uma confissão, não deve acomodar-se, simplesmente indiciando o acusado, mas sim, angariar outros elementos que fortaleçam a palavra do acusado, para com base no conjunto ser deflagrada a ação penal³³⁰.

A tortura pode consistir em sofrimento físico ou psíquico ao acusado, e de qualquer forma é vedada, e mais que isso, deve se considerar prática inadmissível no Estado Democrático de Direito³³¹. Nesse aspecto, Queijo disciplina o que segue:

O emprego da tortura, pela qual se imprimem ao acusado não só violências físicas, como morais, ainda remanescente na atualidade, situa-se na clandestinidade. E merece atenção porque, não raras vezes, confissões são extorquidas na fase de investigações, sem que se respeite, de qualquer modo, o *nemo tenetur se detegere*. Mas nem sempre é possível demonstrar facilmente que a confissão foi obtida mediante tortura. Em acréscimo, grande número de julgados aceita, quase sem restrições, a confissão extrajudicial³³².

Além da tortura utilizada para obtenção de confissão na fase pré-processual, Queijo interpreta alguns métodos de interrogatório judicial como formas de tortura. Um exemplo são interrogatórios extensos, sem intervalos, que ocorram, por exemplo, desde o horário de uma audiência durante a tarde até à noite. Se não for tortura, essa prática é, no mínimo, desumana, haja vista que deste modo o acusado perde sua capacidade de avaliação com relação às indagações feitas³³³.

³²⁹ SILVA, *Inquérito Policial*, p. 84 e 85.

³³⁰ SILVA, *Inquérito Policial*, p. 85.

³³¹ QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, p. 224.

³³² QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, p. 225.

³³³ QUEIJO, *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, p. 226.

Na mesma linha é o posicionamento do Conjunto de Princípios das Nações Unidas para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, que afirma que nenhuma pessoa pode ser obrigada a confessar, ou de qualquer forma se incriminar. Acrescenta, ainda, que durante o interrogatório é vedado o emprego de violência, ameaça ou qualquer outro método que prejudique o juízo ou a capacidade de decisão do acusado³³⁴.

E, muito embora haja variação entre países quanto aos aspectos da tortura, a sua proibição é universal. Assim, “o papel precípua dos juizes na prevenção de atos de tortura consiste em assegurar que a lei seja mantida em todas as circunstâncias”³³⁵.

O resultado da aplicação da tortura tem relação íntima com o temperamento e sensibilidade do torturado, podendo variar de pessoa para pessoa. Assim, Beccaria enfatiza que o resultado da tortura seria um cálculo matemático, dado a força ou fraqueza de culpado ou inocente³³⁶.

Apresentada a questão nestes termos, qual seria o valor da confissão policial para o processo? Impõe-se reconhecer que a sua utilidade prática tem valia para o acusador (Ministério Público ou querelante), uma vez que, como sabido, para o ajuizamento da ação penal há necessidade, pelo menos, da presença de indícios da autoria³³⁷. No entanto, se a confissão extrajudicial for repetida em juízo, modifica-se o cenário. É o que diz Hamilton:

Mas se ratificada em juízo, o que irá valer, eventualmente, será a confissão judicial, substituindo somente esta para que se possa considerar a circunstância atenuante do art. 65, inciso III, letra “d” do CP. Dessa forma, a sentença condenatória não poderá reconhecer a autoria com base na confissão extrajudicial. Pode, isto sim, chegar a idêntica conclusão com base em “outras provas”³³⁸.

No entanto, Lopes Jr. adverte que a jurisprudência predominante ainda entende que o juiz pode formar seu convencimento através da confissão

³³⁴ FOLEY, Conor. *Combate à tortura: Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público*. Human Rights Centre, University of Essex. 2003. p. 25.

³³⁵ FOLEY, *Combate à tortura*, p. 38.

³³⁶ BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, p. 73.

³³⁷ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 407.

³³⁸ HAMILTON, *O desvalor da confissão policial*, p. 407.

extrajudicial: “mais absurdo ainda é o entendimento de que a confissão feita na fase policial vale como mais um elemento probatório para condenação do réu, ainda que em juízo tenha se retratado”³³⁹.

Mendes informa que, quando viciada pela coação, a confissão extrajudicial não merece crédito algum, ou seja, a confissão, quando obtida através da tortura, encontra-se viciada, sendo que os métodos empregados podem ser diversos, como tortura física, fisiológica e moral. Por muito tempo, também foram utilizados métodos de tortura, como o pau-de-arara, a lata-de-cera, o choque elétrico, a palmatória, o dedo-no-chão, as queimaduras e a borracha molhada, sendo assim desprestigiado e relativizado o valor da confissão policial³⁴⁰.

Mas então como evitar a coação ou verificar quando ela está ocorrendo? Mendes entende que se o interrogatório do réu, em fase policial, fosse sempre a última diligência a ser realizado no bojo do inquérito, a confissão do acusado não se faria necessária, na maioria das vezes, pois os demais elementos colhidos levariam a sua incriminação quando ela realmente existisse³⁴¹. Mas sabemos que na prática não é assim que ocorre, e havendo prática de tortura, Jesus elenca as principais “justificativas” dos torturadores:

As justificativas mais comuns apresentadas pelos torturadores são as de que a vítima escorregou, envolveu-se em briga com outras pessoas ou presos, sofreu acidente, caiu porque estava bêbado, ou que a vítima apresentava certa contrariedade com relação ao acusado tão somente para incriminá-lo ou responsabilizá-lo utilizando-se de autoagressões³⁴².

A tortura é uma prática perpetrada pelo Estado, que pode ocorrer pela ação ou omissão de seus agentes, sendo verdadeiramente um crime estatal, excluindo da hipótese a violência praticada por pessoas comuns, ou melhor, que não sejam agentes do Estado. Desta forma, incorre nas sanções do crime de tortura não só

³³⁹ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 647.

³⁴⁰ MENDES, *Apontamentos sobre a confissão extra-judicial, em matéria criminal*, p. XXXVIII.

³⁴¹ MENDES, *Apontamentos sobre a confissão extra-judicial, em matéria criminal*, p. XXXV.

³⁴² JESUS, Maria Gorete Marques de. *O crime de tortura e a justiça criminal: Um estudos dos processos de tortura na cidade de São Paulo*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010. p. 78.

aquele que a pratica, mas também aquele que se omite quando sabe do seu cometimento³⁴³.

Mesmo estando a par dos direitos humanos atinentes à pessoa humana, ainda hoje se verifica que a própria população tolera, de certa forma, o emprego de tortura, conforme ensinamento de Jesus que segue:

A população, muitas vezes aterrorizada pelo aumento da violência e do medo, acaba por aceitar, e por vezes incentivar, o aumento de aparatos policiais repressivos, de políticas de contenção e atividades mais ostensivas por parte dos órgãos de segurança, sem se preocupar com os resultados e consequências que essas ações apresentam. O uso indiscriminado da tortura é um deles³⁴⁴.

Sabendo-se que o homem tem natural aversão à dor, é nítido o entendimento de que o confessor pode muitas vezes admitir crime que não cometeu para se ver livre dos abusos físicos e psicológicos que é submetido através da tortura. De outra parte, se mesmo as confissões obtidas de forma totalmente lícita são passíveis de serem falsas, quiçá as extraídas através da violência³⁴⁵.

Nos Estudos Unidos existem as chamadas torturas lícitas, em que a colheita de prova se dá através de meios violentos. Dentre as atrocidades, verifica-se interrogatórios estendidos por horas ininterruptas, podendo chegar inclusive a dias e semanas, ocasionando estresse e cansaço elevado no interrogado, além de abrigo de acusados em celas desumanas, frias, sujas, úmidas, sem higiene e alimentação, com a promessa de que, caso haja confissão, passará para local adequado, com alimento e bebida³⁴⁶. No Brasil também se verificam praticas de tortura, as quais são descritas por Nucci:

³⁴³ JESUS, *O crime de tortura e a justiça criminal*, p. 30 e 31.

³⁴⁴ JESUS, *O crime de tortura e a justiça criminal*, p. 52.

³⁴⁵ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 97.

³⁴⁶ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 143.

Outros métodos – mormente utilizados no Brasil – consistente em queimaduras com cigarros acesos, sujeição a muitas horas sobre forte luz diante dos olhos, agressões físicas em regiões do corpo que não deixam marcas e o prolongamento abusivo de prisões para “averiguação” que, em verdade, inexistem em nosso sistema processual penal. Agem determinados policiais como autênticos anatomistas, pelo conhecimento que possuem das regiões do corpo humanas, nas quais uma pancada não causa equimoses³⁴⁷.

O papel do juiz é assegurar um julgamento justo às partes, assim sendo, ele deve valer-se apenas de provas lícitas, e mais que isso, garantir que as provas, especialmente o interrogatório do réu, não tenham sido obtidas através de meios coercitivos³⁴⁸.

Streck, criticando a discricionariedade judicial, deixa claro que deve haver controle das decisões judiciais, tema esse que infere de forma direta quando da utilização de prova ilícita, tal como confissão obtida através da tortura. No entanto, afirma que tal controle não é uma barreira à interpretação do juiz, pois, mesmo havendo liberdade de interpretação, o bom juiz devendo fazê-la de modo vinculado aos preceitos constitucionais³⁴⁹.

Ainda, é necessário entender, nesse contexto, a diferença entre decisão e escolha, pois a decisão do juiz não pode ser estabelecida como um ato que o magistrado entenda mais adequado diante de diversas possíveis soluções aplicáveis ao caso. Estabelece-se diferença entre escolher e decidir, porque escolha pressupõe um ato de parcialidade. Desta forma, se pudesse o juiz agir dentro de uma escolha jurídica, estaria ele autorizado a escolher a solução dentro daquilo que melhor lhe convier³⁵⁰.

Nesse sentido, verifica-se que o juiz não age conforme seu íntimo entendimento, mas baseado nas provas lícitas existentes no processo. Ainda, atribui-se aos membros do Ministério Públicos o dever de assegurar os direitos inerentes ao acusado durante a coligação de prova. Quando os promotores

³⁴⁷ NUCCI, *Provas no processo penal*, p. 143.

³⁴⁸ FOLEY, *Combate à tortura*, p. 38.

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto? – decido conforme minha consciência?* 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 93, 99 e 100.

³⁵⁰ STRECK, *O que é isto? – decido conforme minha consciência?*, p. 105 e 106.

verificam prova que sabem, ou desconfiam, ter sido obtida por meio ilícito, como a tortura, a mesma deve ser rejeitada como prova³⁵¹.

Para tomar depoimento de suspeitos de ter incorrido em maus tratos com acusados, ensina Foley que é necessário ouvir não somente o suspeito de ter praticado tortura para se chegar à confissão do réu, mas também os superiores do torturador, que sabendo do ato, não tomaram providência para impedir que ocorresse. A oitiva da vítima de tortura, além dos exames médicos, é a prova crucial do processo, por isso, ao interrogar torturados, deve o juiz conduzir o ato de maneira sensível, a fim de que o acusado torturado, ora vítima, não fique mais traumatizado³⁵².

No que tange à apreciação da confissão obtida ilicitamente como prova, é de saber se a garantia pessoal poderá ter mais valor que a legal, quando utilizada em prol do indivíduo e da sociedade³⁵³. Utilizando-se da hermenêutica, há espaço para a verificação de decisão judicial, conforme entendimento de Streck:

Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do “princípio democrático” – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da “verdade real”, para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade “assujeitadora” do julgador (ou do intérprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidência, igualmente para a doutrina)³⁵⁴.

Após análise doutrinária acerca da tortura, convém explanar acerca da nulidade da confissão quando assim obtida. Primeiramente é de verificar-se que, no processo penal, nulidades são defeitos processuais obtidos através do desrespeito à formalidade que o ato exige. Um procedimento formal serve, acima de tudo, para evitar que sejam criados atos procedimentais ou ritos processuais inexistentes, de modo a prejudicar as partes envolvidas no processo, mormente o réu³⁵⁵. Acerca das nulidades, elas diferem quanto absolutas e relativas:

³⁵¹ FOLEY, *Combate à tortura*, p. 38.

³⁵² FOLEY, *Combate à tortura*, p. 60 e 63.

³⁵³ AZEVEDO apud ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito Penal e Criação Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 79

³⁵⁴ STRECK, *O que é isto? – decido conforme minha consciência?*, p. 105.

³⁵⁵ NUCCI, *Provas no Processo Penal*, p. 225.

Eis o surgimento da diferença entre as nulidades absolutas e as relativas. As primeiras são defeitos sérios, que necessitam da intervenção judicial, determinando o refazimento do ato ou a nova constituição do fato. O tempo não lhe serve de bálsamo e não lhes confere imunidade. Ferem, de maneira intensa e inescusável o devido processo legal. Podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz ou apontadas, a qualquer tempo, pelas partes. [...] A nulidade relativa encapa defeito sanável, desde que não arguido a tempo. A mácula ao processo é condicionada à prova do prejuízo³⁵⁶.

Ainda, considerando a instrumentalidade do processo penal, um ato só será declarado nulo se causar prejuízo à parte e não atingir o seu fim. Em relação à finalidade do ato, concebe-se uma área frágil, onde o julgador pode interpretar à sua maneira, ou seja, entender atos por legítimos ou ilegítimos conforme bem entender. E em relação ao prejuízo, também se verifica espaço para manipulação, encontrando-se novamente o réu em terreno impreciso, pois as nulidades vêm sendo relativizadas no processo penal³⁵⁷.

No entanto, é de saber-se que a confissão obtida ilicitamente é uma espécie de nulidade absoluta, sendo desnecessária qualquer comprovação de prejuízo à parte, ou seja, mesmo sendo a parte absolvida, a verificação de confissão obtida por meios tortuosos é nula, haja vista ferir direitos fundamentais do acusado. No tocante à nulidade, quanto à forma, Lopes Jr. enfatiza:

Pensamos que a premissa inicial é: no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido. Nenhuma dúvida temos de que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente, sendo desnecessária qualquer demonstração de sua existência³⁵⁸.

Nesse sentido, verifica-se que para a confissão ter validade, as formalidades a ela inerentes devem ser respeitadas, pois se o legislador assim quis é porque, decerto, sabia de sua importância. Quanto à nulidade, seja ela relativa ou absoluta, Mirabete diz que se não for sanada, ocorre *error in procedendo*, ficando o juiz

³⁵⁶ NUCCI, *Provas no Processo Penal*, p. 226.

³⁵⁷ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 1128.

³⁵⁸ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 1130.

impedido de proferir julgamento antes da correção do ato nulo³⁵⁹. Então, ante a verificação de interrogatório em que se empregou meio ilícito para obtenção de confissão, a “prova” anteriormente obtida deve ser, de plano, refeita, ou melhor, deverá haver novo interrogatório do acusado.

O conceito de nulidade é também ditado por Távora e Alencar, que a consideram como sanção do juiz em razão de ato processual defeituoso. Mas conforme já mencionado, também entendem que deve trazer prejuízo à parte para assim ser³⁶⁰. Nesse sentido, sustentam:

O reconhecimento judicial e nulidade dependerá de demonstração do prejuízo, decorrendo também desse enunciado normativo o que se convencionou denominar de princípio da conservação dos atos processuais. Tratando-se de nulidade absoluta, o prejuízo é presumido (evidente), dispensando demonstração. Na nulidade relativa, a demonstração deve ser feita pelo interessado³⁶¹.

Lopes Jr., ainda falando acerca das nulidades, traz questão quanto à verificação de atos defeituosos no inquérito policial, e nesse sentido verifica-se que são irrelevantes, porque o inquérito não faz parte do processo. Se os elementos obtidos na investigação policial pudessem ser valorados em sede de sentença, estaria se admitindo que o inquérito seja parte integrante do processo. Nesse prisma, entende-se que a única forma de sanar um ato defeituoso durante a fase pré-processual é repeti-lo no processo, e assim não sendo, não só o ato será nulo e deverá ser desentranhado do processo, como também a sentença que valorou esse ato também o será³⁶². Acerca disso, Lopes Jr. doutrina:

³⁵⁹ MIRABETE, *Processo Penal*, p. 626.

³⁶⁰ TÁVORA; ALENCAR, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 1025.

³⁶¹ TÁVORA; ALENCAR, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 1041.

³⁶² LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 1145.

E mais, se o juiz realmente fizer um exame da denúncia e do inquérito, visto como suporte probatório mínimo da ação penal, e verificar que foram praticadas diligências sem observar as garantias devidas, deverá manifestar-se decretando a nulidade da atuação e determinando a sua exclusão dos autos. Ato contínuo, deverá ainda verificar se aquele ato não contaminou outros, pois, nesse caso, também deverão ser retirados dos autos. Somente após isso é que poderá decidir se recebe ou não a ação penal³⁶³.

Nesse sentido pode-se ler “diligências sem observar as garantias devidas” como “emprego de tortura para obtenção de confissão”. E então, se mesmo após rechaçar-se dos autos a confissão ilícita ainda restarem elementos suficientes para o recebimento da denúncia, assim será. Em caso contrário, o juiz deverá rejeitar a denúncia, fundado no artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal³⁶⁴. Lopes Jr. ainda menciona que:

O que não pode ocorrer, sob nenhum argumento, é a conivência do juiz com um ato defeituoso contido no inquérito, sem a devida repetição do ato, sobre o qual ele deverá se manifestar de ofício, como são – v.g. – todas aquelas que violem os direitos constitucionalmente assegurados ao sujeito passivo (dentre eles, o contraditório e a ampla defesa, art. 5º, LV, da CB)³⁶⁵.

Nesse aspecto – de emprego de tortura em inocentes para obtenção da confissão – não há como deixar de mencionar o caso dos Irmãos Naves. Tal episódio ocorreu em 1937, na cidade de Araguari, em Minas Gerais, e é conhecido como um dos mais famosos erros jurídicos cometidos no Brasil³⁶⁶.

Os irmãos Naves – Sebastião José Naves, com 33 anos, e Joaquim Rosa Naves, com 25 anos à data do fato – foram presos preventivamente pelo homicídio de Benedito Pereira Caetano, embasados na confissão de Joaquim, e posteriormente denunciados, em momento que já tinha se obtido, inclusive, a confissão de Sebastião. Houve sentença de pronúncia, a qual, além de levar em conta a confissão dos acusados (que foi novamente confirmada por Joaquim), valeu-se do depoimento da esposa de Joaquim, que confirmava a admissão da prática do

³⁶³ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 1145.

³⁶⁴ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 1145.

³⁶⁵ LOPES JR., *Direito Processual Penal*, p. 1145.

³⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 402 e 403.

delito pela parte de seu marido, e ainda, de outras testemunhas, que teriam ouvido acerca da autoria do homicídio³⁶⁷.

Acerca do caso, foram realizados dois júris. No primeiro, que ocorreu no ano de 1938, os réus foram absolvidos por seis votos a um, no entanto, houve anulação do julgamento pelo Tribunal de Justiça, em razão de má formulação dos quesitos. Deste modo, no ano seguinte realizou-se nova sessão para julgamento do caso, momento em que Joaquim foi absolvido por cinco votos contra dois, e Sebastião, da mesma forma, por seis votos contra um. No entanto, ante o fato de à época os vereditos do Tribunal do Júri não serem soberanos, o Ministério Público apelou, e então os irmãos Naves foram condenados a 25 anos e seis meses de prisão, sendo que, através de revisão criminal intentada no ano de 1949, a pena foi diminuída para 16 anos e seis meses. Os condenados ficaram presos pelo período de oito anos, seis meses e sete dias, e no dia 28 de agosto de 1949, Joaquim Naves veio a óbito³⁶⁸.

Ocorre que, no ano de 1952, Benedito, a vítima do homicídio pelo qual os irmãos foram condenados, reapareceu viva, na fazenda de seu pai, declarando que havia fugido para o Mato Grosso, e, posteriormente, para a Bolívia. Depois disso, no dia 27 de outubro de 1953, através da Revisão Criminal nº 1632, os réus foram absolvidos³⁶⁹. Acerca do fato narrado, enfatiza-se o que diz Nucci:

Deixemos consignado que a confissão de Joaquim, segundo posteriormente ficou demonstrado, teria sido conseguida sob tortura, o mesmo se dando com sua esposa, que teria sofrido tortura psicológica. As provas que os levaram à condenação limitavam-se à confissão do réu, a problemáticos testemunhos de “ouvir dizer”, além de ter sido formada a materialidade do crime através de meros indícios, sem nenhum tipo de exame de corpo de delito e muito menos havido testemunha presencial de eventual agressão desfechada pelos réus contra a falsa vítima³⁷⁰.

Outro caso de tortura para obtenção da confissão, este atual, é o da jovem de 14 anos, Tayná Adriane da Silva, no qual quatro homens foram presos suspeitos de estuprar e matar a adolescente. Ocorre que, no desenrolar dos fatos, verificou-se o

³⁶⁷ NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 403 e 404.

³⁶⁸ NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 404.

³⁶⁹ NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 404.

³⁷⁰ NUCCI, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, p. 404.

emprego de violência para obtenção da confissão dos acusados, sendo utilizados métodos comparados aos medievais. Disso, a conclusão que se tem é que o policial torturador é delinquente, e não agente público.

Quanto ao julgamento de crime de tortura perpetrado por agente público, verifica-se pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que as vítimas, tendo declarações coerentes e uniformes acerca do *modo operandis* em todas as etapas de sua oitiva, e ainda, sendo essas declarações confirmadas por testemunhas que ouviram relatos e outras que viram as lesões no corpo dos torturados, resta comprovada a autoria do delito. Os métodos de tortura utilizados são “socos, chutes, coletes à prova de balas e choques elétricos nas orelhas, boca e órgãos genitais”. No entanto, não se configura causa de aumento de pena, o fato de o torturador ser agente público, uma vez que essa qualidade não é elementos do tipo penal configurado no artigo 1ª da Lei de Tortura³⁷¹.

De outro lado, abordando a confissão extrajudicial, verifica-se, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça Gaúcho que a mesma serve como elemento de prova quando embasada em provas judiciais diferentes da confissão. Tal entendimento é verificado em diversos casos, mas cita-se o de um réu que alega ter sido torturado psicologicamente em sede policial para obtenção da confissão, que posteriormente foi negada em juízo. O réu alega que foi torturado até o ponto de “colaborar” com as investigações, admitindo crime que não cometeu³⁷².

Não obstante, no mencionado caso, o termo de declarações seja firmado por advogado, o acusado sustenta que o causídico foi chamado a comparecer ao distrito policial em momento posterior ao que foi redigido o termo, sendo assim, não presenciou os métodos utilizados pelos policiais. No entanto, levando em conta a palavra da vítima, que foi tida como segura no reconhecimento do autor do fato, entendeu-se ela como suficiente para a condenação do acusado, e, além disso, somou-se à isso a confissão policial do acusado³⁷³.

Semelhante é o caso de apelação em que o réu permanece condenado, alegando ser suficiente para comprovar a autoria do delito o depoimento judicial de

³⁷¹ BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Crime Nº 70006686166, Câmara Especial Cível, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 16/03/2004.

³⁷² _____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Crime Nº 70035954809, Sexta Câmara Criminal, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 08/07/2010.

³⁷³ _____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Crime Nº 70035954809, Sexta Câmara Criminal, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 08/07/2010.

policiais, aliado à confissão extrajudicial do acusado. Em juízo, o réu somente não foi ouvido por estar foragido, e, desta forma, valorou-se a confissão obtida na fase policial³⁷⁴. No entanto, é nítido que assim não deveria ter prosperado, uma vez que, por mais que existissem elementos suficientes à condenação, valor nenhum poderia ter sido dado àqueles colhidos perante a Autoridade Policial.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a retratação judicial da confissão extrajudicial não tem o condão de retirar o valor de seu depoimento extrajudicial, mormente se este é compatível com depoimentos de testemunhas colhidos em juízo³⁷⁵. Nesse sentido, consoante jurisprudência do STF:

Não configura ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa a condenação baseada em confissão extrajudicial retratada em juízo, corroborada por depoimentos colhidos na fase instrutória. Embora não se admita a prolação do édito condenatório com base em elementos de convicção exclusivamente colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que o magistrado singular e o Tribunal de origem apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal³⁷⁶.

Outrossim, em se falando de tortura, entende o Superior Tribunal que a alegação do acusado de ser vítima de tortura deve ter respaldo nos autos, para assim poder ser analisada pelo Tribunal, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não tem competência para reexame de prova, ao teor da Súmula 7 da mencionada Corte³⁷⁷. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça entende que eventual confissão extrajudicial eivada sob o vício da tortura não contamina a ação penal³⁷⁸, conforme precedente ora colacionado:

³⁷⁴ _____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Crime Nº 70053906756, Quarta Câmara Criminal, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 05/09/2013.

³⁷⁵ _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Nº 277.963 - PE (2013/0002694-5), Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Julgado em 16/04/2013.

³⁷⁶ _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus Nº 115.255/MS, Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 09/08/2010.

³⁷⁷ _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Agravo Regimental no Agravo Em Recurso Especial Nº 277.963 - PE (2013/0002694-5), Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Julgado em 16/04/2013.

³⁷⁸ _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus Nº 233.118 - SP (2012/0027096-5), Relator: Ministro Jorge Mussi, Julgado em 28/08/2012.

Com o recebimento da denúncia em desfavor do paciente, restou prejudicado o exame da alegação da nulidade que estaria a contaminar o inquérito policial, porque eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a sua natureza inquisitiva, não contaminam, necessariamente, o processo criminal, consoante a iterativa jurisprudência deste Sodalício³⁷⁹.

No caso em comento, não obstante para a condenação o magistrado singular, e, posteriormente, o Tribunal que recebeu o recurso tenham entendido haver nos autos demais provas produzidas sob o manto do contraditório, a confissão obtida na fase policial não vale como elemento para formação da convicção. Se fossem suficientes as demais provas para embasar condenação, a admissão da autoria do delito, pelo réu, em fase extrajudicial, nem deveria ser mencionada nos autos, pois, uma vez não ratificada, não tem validade alguma.

Mencionando a confissão, o Superior Tribunal de Justiça a elenca como circunstância que atenua a pena, com base no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. Mas para assim ser, a confissão deve ser espontânea, ou seja, voluntária, e, além disso, deve ser proferida na presença de autoridade, que pode ser tanto o delegado de polícia, o magistrado ou o promotor³⁸⁰. Nesse sentido:

É entendimento do STJ que não cabe ao magistrado fazer especulações sobre os motivos que conduziram o réu a admitir a culpa. A jurisprudência dispõe que a confissão, prevista no texto da lei, é de caráter meramente objetivo. Isso significa que o acusado não precisa apresentar motivação específica ou qualquer outro requisito subjetivo para sua caracterização (HC 129.278)³⁸¹.

Por outro lado, também se verificam decisões que asseguram ao acusado todas as garantias aqui expostas, é o caso de que, mesmo havendo confissão extrajudicial, não sendo ela ratificada em juízo, e não havendo testemunhas do fato, a absolvição do réu é a única medida cabível, pois, como muito bem coloca o

³⁷⁹ _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus Nº 233.118 - SP (2012/0027096-5), Relator: Ministro Jorge Mussi, Julgado em 28/08/2012.

³⁸⁰ _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109034&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=confiss%C3%A3o>. Acesso em 14 set. 2013.

³⁸¹ _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109034&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=confiss%C3%A3o>. Acesso em 14 set. 2013.

Desembargador Ícaro Carvalho De Bem Osório, “a condenação deve se basear em provas judicializadas, ou seja, produzidas sob o crivo do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e na presença do Juiz e das partes”³⁸².

No mesmo sentido, o Tribunal Gaúcho, embasado na inteligência do artigo 155 do Código de Processo Penal, enfatiza que “somente a confissão extrajudicial do acusado, sem prova judicializada corroborando a autoria, não é suficiente para embasar o decreto condenatório”. Por mais que o acusado admita a prática de crime, quando ouvido na polícia, sendo decretada sua revelia em juízo, e não havendo provas que demostrem a autoria segura do delito, não resta certeza quanto a autoria por parte do réu que confessou na esfera policial, sendo assim não existem elementos a embasar juízo condenatório³⁸³.

O mesmo é o raciocínio quando o Tribunal de Justiça absolve réu anteriormente condenado, com base na confissão extrajudicial, e na presunção de inocência, haja vista não haver outro elemento que embase a condenação além da confissão obtida extrajudicialmente³⁸⁴. Nesse sentido, extrai-se o seguinte precedente, de julgamento também do Tribunal Gaúcho, no qual muito bem se elenca que o silêncio não implica em confissão, conforme segue:

O direito ao silêncio é um dos pressupostos fundamentais do direito processual penal no âmbito dos Estados Democráticos de Direito, notadamente por estabelecer um limite à atuação do Estado no âmbito da persecução penal, impedindo a tortura e suas variadas formas de obtenção da verdade a qualquer custo. Trata-se de um princípio supremo do conteúdo de Justiça que “consubstancia-se na asseguuração, a cada homem, de uma esfera de liberdade que lhe permita sua personalização” e, no tocante ao específico caso penal ao qual esteja submetido, de decidir pelo que lhe pareça mais conveniente, se falar ou calar. Dele decorre a garantia contra a auto-incriminação, expressamente prevista nos diplomas internacionais protetivos de direitos humanos e no artigo 5º, LXIII, da CF, da qual emana o dever de as autoridades – policial e jurisdicional – advertirem o interrogado do direito de permanecer em silêncio e de não se auto-incriminar, cuja ausência torna ilícita eventual confissão³⁸⁵.

³⁸² _____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Crime Nº 70052226065, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 09/05/2013.

³⁸³ _____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Crime Nº 70053351557, Quarta Câmara Criminal, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 15/08/2013.

³⁸⁴ _____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Crime Nº 70053585485, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 27/06/2013.

³⁸⁵ _____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Habeas Corpus Nº 70050386531, Terceira Câmara Criminal, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/10/2012.

Da mesma forma, quando comprovada a materialidade do crime, mas não havendo prova da autoria, não há que se falar em condenação a partir da confissão extrajudicial isolada, prevalecendo a presunção de inocência. Além disso, no caso da presente jurisprudência, o réu, em juízo, alega que somente confessou na fase policial porque foi empregada tortura quando de sua oitiva³⁸⁶. Nesse sentido:

[...] a assunção de culpa não tem o condão de, isoladamente, fundamentar uma condenação, sendo imprescindível que esta mostre harmonia com o restante da prova produzida ou, ao menos, sustente-se por outro indício concreto de autoria. [...] Ainda, calha mencionar que se vê enfraquecida a confissão obtida durante o inquérito policial e, por conseguinte, ao largo do preceito constitucional do contraditório, mormente porque mitigada sua importância no cotejo probatório diante da redação do art. 155 do Código de Processo Penal³⁸⁷.

Se tratando de julgamento quanto à prática do crime de tortura, entende o Superior Tribunal Federal que não é necessário exame de corpo de delito para sua comprovação, quando existente exame indireto, feito na vítima logo após ter sido torturada na Delegacia de Polícia, para obtenção da confissão³⁸⁸. Nesse sentido:

É imperiosa a manutenção da sentença que condenou os acusados como incurso nas penas do art. 1º, inc. I, a, da Lei nº 9.455/97, pois, comprovada a materialidade, restou demonstrado, pelo conteúdo probatório, que eles constrangeram a vítima com o desferimento de tapas e socos, causando-lhe lesões, com o fim de obter a confissão do furto de alguns objetos da Polícia Rodoviária Federal³⁸⁹.

Ainda analisando a punição quanto ao crime de tortura, o Superior Tribunal de Justiça entende ser necessária, além do exame pericial, uma análise de todo o conjunto fático-probatório constante nos autos, uma vez que a tortura, muitas vezes, não é somente física, mas também psicológica. Assim, se mostra importante o

³⁸⁶ _____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Crime Nº 70049748270, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 13/06/2013.

³⁸⁷ _____. *Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul*. Apelação Crime Nº 70049748270, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 13/06/2013.

³⁸⁸ _____. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus Nº 88.878-0 Mato Grosso do Sul, Segunda Turma, Relator: Min. Eros Grau, Julgado em 22/08/2006.

³⁸⁹ _____. *Supremo Tribunal Federal*. Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 845.838 Mato Grosso, Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 29/05/2012.

depoimento da vítima e testemunhas porventura existentes³⁹⁰. Sobre a prática de tortura, assim se manifesta o Superior Tribunal de Justiça:

Considerando-se que o ilícito em tela caracteriza-se pela inflição de dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, em qualquer pessoa, com a finalidade de dela obter informação ou confissão, tendo em conta que na denúncia o órgão acusatório narrou que a vítima teria sido submetida a intenso sofrimento físico e mental, pois agredida com murros, tapas e golpes de cassetete, bem como asfixiada com um saco plástico, e que o aresto objurgado considerou provadas nos autos tais agressões, não se pode falar em atipicidade da conduta imputada ao paciente³⁹¹.

Verifica-se de uma análise jurisprudencial que muitas decisões prezam por princípios, tais como: contraditório e ampla defesa, presunção de inocência, *nemo tenetur se detegere*, e muitos outros, que, apesar de simples, fazem toda a diferença no processo penal, garantindo um julgamento justo e limpo. Preservar o garantismo não significa dizer que o réu não pode ser condenado, muito pelo contrário, significa poder condená-lo com base nas garantias a ele inerentes, e somente fazê-lo quando realmente houver provas processuais que demonstrem ser o réu realmente criminoso. Não obstante isso, não pode ficar o acusado a mercê do entendimento de certa câmara ou certo desembargador, haja vista que conforme jurisprudências, ainda se dá valor a elementos pré-processuais no embasamento de pleito condenatório.

A doutrina, por sua vez, é forte no ponto de alegar que a confissão é mero elemento de convicção para a formação da *opinio delicti*, não tendo nada de prova, e não podendo ser valorada, deste modo, para embasamento condenatório. Ainda, quando se fala em tortura, verifica-se que a nulidade da prova é entendida como viciada, no sentido de nulidade absoluta. No entanto, a inquisição ainda se faz presente, camufladamente, nos dias atuais, sendo difícil o julgador “esquecer” de eventual confissão quando ela não é confirmada em juízo, ou ainda, quando após constar nos autos, for deles rechaçada pela verificação de ato ilícito para sua obtenção.

³⁹⁰ _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus Nº 214.770 - DF (2011/0179882-0), Relator: Ministro Jorge Mussi, Julgado em 01/12/2011.

³⁹¹ _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Habeas Corpus Nº 214.770 - DF (2011/0179882-0), Relator: Ministro Jorge Mussi, Julgado em 01/12/2011.

CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil trouxe uma grande evolução no sentido de assegurar ao acusado direitos fundamentais, que além de garantir dignidade – seja ao indiciado, ou ao processado – também assegura um processo justo no que tange a julgamento imparcial por parte do magistrado, que deverá se embasar em provas válidas.

Nesse sentido, há de se verificar que a confissão, em seus vários aspectos, geralmente é obtida durante a fase policial, sendo então chamada de confissão extrajudicial. Quando assim angariada, é tomada a termo, e juntada aos autos da investigação preliminar, valendo, após isso, como elemento investigatório, ou melhor, a confissão extrajudicial servirá como elemento para o embasamento do Promotor de Justiça – ou quem de direito na ação penal privada ou pública subsidiária – para o oferecimento da ação penal.

Partindo-se dessa premissa, há de se ver o ínfimo valor da confissão extrajudicial, pois mesmo com a confissão do acusado, se não houver sido angariados outros elementos que levem à conclusão de que foi ele o sujeito ativo do crime, em tese, não poderá ser deflagrada a ação penal. Diz-se, em tese, porque na prática não é o que se verifica. Não se pode generalizar, mas em muitos casos, percebe-se que a Polícia Judiciária, ainda hoje, interpreta a confissão como uma “prova” imprescindível, suficiente para comprovação da autoria do delito, e é a partir desse entendimento que surge a prática da tortura.

A tortura para obtenção da confissão não é um assunto novo, sendo que seu ápice deu-se durante a época da Inquisição, onde as crueldades cometidas com os hereges chegavam a ser piores que a pena em si, sendo este o motivo pelo qual muitos inocentes confessavam, para se verem livres de abusos corporais e mentais. Atualmente, os métodos utilizados para obtenção da confissão, mesmo sendo fortes e inaceitáveis, são mais brandos que os do processo da Santa Inquisição, mas de nenhuma forma são leves, pois, se uma prática pode ser capaz de fazer com que um inocente confesse delito que não praticou, não se pode imaginar que seja uma prática ortodoxa.

A incongruência que se percebe, então, é por que torturar, se sua prática serve para obter um mero dado (confissão policial), que angariado com demais elementos válidos, terá valor apenas para a formação da *opinio delicti*, e que após isso, iniciada a fase judicial, não terá validade alguma nos autos.

A questão de aplicação de tortura para obtenção da confissão não se resume apenas ao seu emprego em inocentes, mas, inclusive, em culpados, haja vista que, mesmo que o acusado tenha, sim, sido o autor da prática delitiva, ele tem o direito constitucional de se defender. E mais que isso, sendo realmente o confessante o culpado, ele só será denunciado, e posteriormente condenado, se houver nos autos outras provas que levem à conclusão segura da autoria do crime. Assim, verifica-se a fragilidade da confissão.

Mais que isso, o acusado tem direito ao silêncio, tanto na fase extra, quanto na judicial, e de maneira alguma tal atitude pode ser interpretada como confissão, ou acarretar qualquer outro ônus ao acusado. Parte-se da premissa que o acusado é inocente, e nesse sentido ele tem direito a não se incriminar, podendo se valer do silêncio para tanto, e só podendo ser considerado culpado caso a acusação prove de forma incontroversa sua culpa.

Destarte, o acusado é inocente até que se prove o contrário, e não, culpado até que se prove o contrário. Isso quer dizer que o ônus da prova é do acusador, que deve comprovar ser o réu culpado, e não do acusado, em comprovar sua inocência. Mas, mais uma vez, não é o que se vê na prática, pois, se existe emprego de tortura para se obter confissão, o ônus da prova inverte-se, e passa o acusado a tentar provar sua inocência.

Saindo da esfera da investigação preliminar, e passando à análise acerca da apreciação da prova, agora na esfera judicial, verifica-se, mais uma vez, que a confissão extrajudicial não terá validade, mesmo que agora a ela se coliguem provas judiciais acerca da materialidade e autoria do delito. Estando o juiz apto a proferir sentença condenatória, ele não poderá utilizar-se da confissão extrajudicial, mas isso não quer dizer que o magistrado não poderá condenar, muito pelo contrário, sendo certa a materialidade e autoria, ele tem o dever de fazê-lo, o que não pode é utilizar-se de prova repetível, não confirmada em juízo – leia-se, confissão extrajudicial não ratificada – para complementação de sua tese condenatória.

Nessa esteira, entra a questão da retratação, que é prevista em lei, e pode ser feita pelo réu somente na fase judicial, ou seja, em juízo o réu pode retratar-se, negando eventual confissão feita durante a fase extrajudicial. Da mesma forma que a confissão, a retratação tem sua fragilidade, pois, considerando-se que os autos do inquérito policial permanecem juntos ao processo judicial, o juiz pode viciar-se com seus elementos. De qualquer forma, a retratação de nada valerá se nos autos existirem provas comprobatórias da autoria criminal por parte do retratante.

Mas o que realmente intriga e gera reflexão, é o porquê de se torturar para chegar à confissão se ela é uma prova tênue, frágil, e muitas vezes imprecisa. E, mais que isso, sendo realmente o acusado autor do crime, possivelmente há nos autos elementos que demonstrem isso, sendo quase desnecessária a admissão da prática da autoria por sua parte. Ainda, nessa esteira, deve-se compreender que a conclusão que se chega dentro dos autos de um processo se vale do que nele constar, isso quer dizer que o processo penal não procura apurar a verdade real dos fatos, sob pena de voltarmos ao sistema processual inquisitório.

O processo penal que respeita o acusado, garantindo seus direitos, e que respeita as “regras do jogo”, como é o acusatório, procura a verdade processual, o que significa chegar a uma conclusão correta dentro daquilo que foi trazido aos autos. O bom juiz proferirá sua decisão desta maneira, e, além disso, agindo imparcialmente.

Ocorre que o sistema processual brasileiro garante ao juiz, em muitos casos, que ele assuma postura de busca da prova, e tome algumas medidas que podem comprometer sua imparcialidade antes mesmo do início do processo, ainda na fase inquisitiva. É bem sabido que havendo dúvida, através do princípio do *in dubio pro reo*, o acusado deverá ser beneficiado. Não havendo certeza acerca da materialidade e autoria delitiva, isso quer dizer que não existem nos autos provas fortes e concretas que levem ao pleito condenatório, a deliberação judicial deverá ser em prol do acusado, que não pode ver-se condenado quando pairar dúvida acerca do fato criminoso.

São por esses motivos, que mesmo o juiz instrutor, que tem autonomia para impulsionar as investigações preliminares, e também de ir em busca da prova dentro do procedimento judicial, deve agir com cautela, tomando posicionamento compatível com a Constituição Federal, e sempre dentro da imparcialidade, pois,

tomando posicionamento de busca pela prova, poderá chegar à aberração de igualar-se ao inquisidor. Nesse sentido, é de mencionar-se que existem bons juízes, que, mesmo sabendo que são a eles conferidos poderes instrutórios, se contentam com o impulsionamento processual sem sua interferência direta na prova, agindo como terceiro desinteressado com a lide, e apreciando as provas de maneira imparcial e justa, não só com o acusado, ao permitir a aplicação de suas garantias, mas, também, com o processo, ao aplicar o contraditório e a ampla defesa.

Por outro lado, é esperado pelos penalistas, o momento em que o juiz de garantias seja introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Por mais que tal figura ainda seja deficiente em alguns aspectos, será uma grande evolução no processo penal, uma vez que garantirá ao acusado um julgamento livre da imparcialidade. O juiz de garantias agiria durante a investigação preliminar, e depois disso, na fase judicial, após o oferecimento da denúncia, o juiz do processo assumiria o feito, estando, deste modo, despido de eventuais pré-conceitos, uma vez que não impulsionou, e sequer acompanhou a fase do inquérito.

O que ainda se verifica como problema dentro da esfera do juiz de garantias, é o fato de que o juiz do processo poderá rever algumas decisões que foram tomadas durante a fase pré-processual pelo juiz de garantias, o que, pode prejudicar sua imparcialidade. Mas, sendo qual for o juiz que irá atuar no processo, seu julgamento estará intimamente ligado com sua consciência e sua visão acerca do processo penal. Deste modo, o bom juiz preconizará pelas garantias do acusado, e buscará atingir a verdade processual sem que a imparcialidade tome lugar em seu julgamento, e o mesmo se dará na boa condução do processo.

Analisando a confissão, verificou-se que para que a mesma tenha validade, são necessários diversos elementos: ela deve ser clara, ou seja, deve ser proferida de forma que se entenda perfeitamente que o acusado está admitindo ser ele o autor do crime, e não de forma que possa presumir-se tal fato; é ato personalíssimo, e deve ser contrária aos interesses do réu (isso porque é da natureza humana não querer ser condenado); deve ser realizada perante a pessoa certa, portanto, a Autoridade Policial na fase preliminar, e o juiz na fase processual; e, além disso, somente a confissão judicial é tida como prova, e a extrajudicial apenas será elemento para o oferecimento da denúncia.

Com base, nisso, e sabendo que a prática da tortura ainda persiste nos dias atuais, deve saber-se que a confissão obtida através do emprego de práticas cruéis, sejam elas corpóreas ou psicológicas, será nula, constituindo nulidade absoluta, devendo ser rechaçada dos autos em que estiver, e dela não pode, em hipótese nenhuma, valer-se o magistrado dela para proferir sua decisão.

Além do mais, resta claro que não pode o julgador valer-se da confissão extrajudicial para embasar condenação. Dessa forma, verificou-se que a confissão policial não tem qualquer validade probatória, ou melhor, percebeu-se sua invalidade. A doutrina é forte nesse sentido, asseverando o caráter meramente informativo da confissão pré-processual, e explicando que a confissão deverá ser confirmada em juízo para valer como prova, e, mesmo assim, só terá valor quando coligada com demais elementos válidos.

No entanto, partindo para uma análise jurisprudencial, é de se ver que a teoria prevê mais garantias do que realmente são utilizadas na prática, uma vez que, não somente o Tribunal de Justiça Gaúcho, mas também o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal partem do entendimento de que, coligada com provas judiciais, a confissão preliminar ao processo pode ser valorada no pleito condenatório.

Como já foi explanado, o entendimento obtido através da monografia jurídica é contrário a esse, asseverando-se que a condenação, quando necessária – espelhada em provas válidas – é sempre a medida que se impõe, mas que ela não deve ser buscada no processo penal a qualquer custo, chegando-se à inquisição disfarçada dentro do Estado Democrático de Direito, que é o brasileiro.

O réu é sujeito de direitos, e estes devem ser preservados. Nessa linha, verificado o emprego de tortura por agente estatal, duas medidas devem ser tomadas de imediato: a primeira, declarar a nulidade absoluta da prova constituída sob esse prisma, excluindo-a do processo; e a segunda, buscar o processamento criminal dos torturadores, sejam eles os que cometeram o abuso, sejam eles agentes que permitiram a prática, ou ainda, sejam agente que, tendo conhecimento da tortura, nada fizeram para impedi-la.

Dos estudos realizados para a elaboração do presente trabalho, aflorou uma grande reflexão acerca da valoração da prova pelo magistrado, imparcialidade, e

consciência deste ao proferir julgamento. Nesse sentido, criou-se uma visão crítica acerca da aplicação da lei ao caso concreto, e também acerca do sistema penal que se vê na atualidade. Além disso, percebe-se que o pensamento do antigo inquisidor ainda vive, mesmo que de forma disfarçada, ou até inconsciente, em muitos agentes estatais que seriam os responsáveis por garantir direitos fundamentais do acusado, mas acabam praticando atrocidades na busca inconstante pela antiga *regina probationum*: a confissão.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e Criação Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Coleção Sinopses Jurídicas. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 30 abr. 2013.

_____. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 abr. 2013.

_____. **Lei nº 8.906/1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em 27 mai. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Nº 277.963 - PE (2013/0002694-5), Relatora: Ministra Assusete Magalhães, Julgado em 16/04/2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109034&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=confiss%C3%A3o>. Acesso em 14 set. 2013.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus Nº 115.255/MS, Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 09/08/2010.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus Nº 214.770 - DF (2011/0179882-0), Relator: Ministro Jorge Mussi, Julgado em 01/12/2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Habeas Corpus Nº 233.118 - SP (2012/0027096-5), Relator: Ministro Jorge Mussi, Julgado em 28/08/2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032>. Acesso em 01 jul. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 845.838 Mato Grosso, Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, Julgado em 29/05/2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus Nº 88.878-0 Mato Grosso do Sul, Segunda Turma, Relator: Min. Eros Grau, Julgado em 22/08/2006.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Crime Nº 70006686166, Câmara Especial Cível, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 16/03/2004.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Crime Nº 70035954809, Sexta Câmara Criminal, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 08/07/2010.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Crime Nº 70053906756, Quarta Câmara Criminal, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 05/09/2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Crime Nº 70052226065, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 09/05/2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Crime Nº 70049748270, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 13/06/2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Crime Nº 70053585485, Sexta Câmara Criminal, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 27/06/2013.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Habeas Corpus Nº 70050386531, Terceira Câmara Criminal, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/10/2012.

_____. **Tribunal de Justiça Rio Grande do Sul.** Apelação Crime Nº 70053351557, Quarta Câmara Criminal, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 15/08/2013.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Juiz de garantias:** entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O novo processo penal à luz da constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

CAVALCANTI, Danielli Souza de Andrade e Silva. **O juiz de garantias na investigação preliminar criminal.** In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Org.). Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FOLEY, Conor. **Combate à tortura:** Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público. Human Rights Centre, University of Essex. 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** História da violência nas prisões. 27ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GERACI, Denise de Mattos Martinez; TOVIL, Joel. **Poderes instrutórios do juiz**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 5, n. 26, jun./jul. 2004.

GOMES, Abel Fernandes. **Juiz de garantias**: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia. Revista CEJ, Brasília, v. 14, n. 51, out./dez. 2010.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **O desvalor da confissão policial**. Revista da AJUFE, Brasília, v. 17, n. 59, out./dez. 1998.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O crime de tortura e a justiça criminal**: Um estudos dos processos de tortura na cidade de São Paulo. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

JORGE, Nuno de Lemos. **Os poderes instrutórios do juiz**: alguns problemas. Julgar, Lisboa, n. 3, set./dez. 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. I. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

MENDES, Nelson Pizzoti. **Apontamentos sobre a confissão extra-judicial, em matéria criminal**: Julgados dos Tribunais de Alçada de São Paulo. São Paulo, n. 9, jul./set. 1969.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Provas no processo penal**: O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**: uma introdução jurídico científica. Coimbra: Almedina, 2010.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REALE JÚNIOR, Miguel. **O juiz das garantias**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 10, n. 43, out./dez. 2011.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito policial**: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual. Campinas: Millennium, 2012.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Direito Processual Penal**. Vol 19. 4^o ed. São Paulo: Atlas, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto? – decido conforme minha consciência?** 2^a ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6^a ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 1. 33^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.