

FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

POLIANA CANSI PIASSAROLO

**A INFLUÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL NAS SENTENÇAS PENAIS
CONDENATÓRIAS**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM-ES
2017**

POLIANA CANSI PIASSAROLO

**A INFLUÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL NAS SENTENÇAS PENAIS
CONDENATÓRIAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para obtenção de Bacharel em Direito.

Orientador: Trícia Gonçalves Lorencini Cavalcante

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM-ES
2017

POLIANA CANSI PIASSAROLO

**A INFLUÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL NAS SENTENÇAS PENAIS
CONDENATÓRIAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como
requisito parcial para obtenção do curso de Bacharel em Direito.

Aprovado(a) em

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Profª. Trícia Golçalves Lorencini Cavalcante
Orientadora

Examinador 1

Examinador 2

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa monográfica faz uma análise doutrinária acerca da influência dos elementos produzidos durante o inquérito policial nas sentenças penais condenatórias. O Inquérito Policial é um procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária, visando a apuração de algum fato delituoso, tendo como escopo fornecer elementos para uma eventual propositura de ação pelo Ministério Público. Esse procedimento administrativo nem sempre observa os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, princípios básicos para a formação de prova na fase processual. Busca analisar em que medida esses elementos colhidos na fase investigativa poderão adentrar no processo criminal. Discute se as provas colhidas durante a elaboração do Inquérito possuem ou não relevância no conjunto probatório ao ponto de formar o convencimento do julgador sem causar nulidade ao processo e respeitando os direitos constitucionais do acusado.

PALAVRAS -CHAVE: Inquérito Policial. Valor probatório. Sentença. Processo Penal

ABSTRACT

The present monography is a doctrinaire analysis about the elements produced during police investigations in condemnatory penal sentences. The police investigation is an administrative procedure performed by the judiciary police to elucidate a felony or offense, with the purpose of providing the necessary elements that might eventually lead to a formal sanction from the Public Ministry. This procedure, however, is not always carried out in observance of the constitutional principles of the *Audi alteram partem* and the right to a full defense, which, in the processual stage, are basic principles to the constitution of the body of evidence. Thus, this research intends to analyze in which ways all the elements gathered during the investigative phase may take part in the criminal proceedings. It evaluates whether all the accumulated evidence during the investigation is relevant or not to the case itself, to the point of convincing the Judge without rendering the process null and in accordance with the constitutional rights of the defendant.

KEY-WORDS: Police Investigation. Probative Value. Verdict. Criminal Proceedings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR BRASILEIRA	08
1.1. O inquérito policial	08
1.1.1. Conceito	09
1.1.2. Finalidade	12
2. A UTILIZAÇÃO DAS PEÇAS DO INQUÉRITO POLICIAL NOS AUTOS PROCESSUAIS	13
2.1. O perigo da valoração das provas colhidas na esfera policial diante das nulidades cometidas nessa fase	16
2.2. Contaminação da evidência sobre a verdade nas sentenças	19
2.3. Contaminação consciente ou inconsciente do julgador	21
2.4. A necessidade da exclusão física das peças do inquérito policial	22
3. PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL	23
3.1. Do contraditório	24
3.1.1. Da vedação do contraditório na fase inquisitorial	24
3.1.2. Da utilização do contraditório na fase inquisitorial	26
3.2. Da ampla defesa	29
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

Para a realização da presente monografia foi utilizado como tema de análise A INFLUÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL NAS SENTENÇAS PENAIAS CONDENATÓRIAS.

Foi feita uma análise doutrinária partindo de posicionamentos de autores já consagrados no tema acerca da utilização dos elementos de convicção obtidos em fase de Inquérito Policial, bem como esse tema é tratado na prática por operadores do direito.

Vivemos em um Estado democrático de Direito, onde o homem é privado de fazer justiça com as próprias mãos em nome de um Estado que possui, teoricamente, esse papel.

Apesar da evolução mundial, do reconhecimento do homem como cidadão e da afirmação dos direitos humanos, métodos ultrajantes continuaram sendo usados como meio de produção de provas. Num passado pouco distante, a aflição do corpo do investigado era utilizada para se obter confissões, delações e outras provas ilícitas que levavam à condenação e também à morte.

A constituição Federal de 1988 trouxe a democratização e o reconhecimento de vários direitos fundamentais dos cidadãos, bem como a constitucionalização das leis infraconstitucionais, ou seja, todas as normas de direito devem andar de acordo com os ditames da constituição, disciplinando a relação do indivíduo com o Estado.

Não há mais espaço para abusos e atos ilícitos, e esses preceitos devem de modo urgente ser observados pelas autoridades responsáveis pela investigação preliminar criminal, bem como pelos julgadores.

A pretensão é tentar demonstrar a necessidade da manutenção do procedimento investigativo, buscando seu aperfeiçoamento e modernização, frente ao que ocorre com o crime, pois, apesar de toda a evolução já referida e a renovação do ordenamento jurídico, pouca coisa inovou-se.

No posicionamento de Lopes JR. e Gloeckner, maiores influenciadores nesta pesquisa, as provas colhidas durante a inquisição são meramente investigatórias e não são úteis para uma análise de

sentença. A exceção são as provas antecipadas que não são realizadas no decorrer do processo, devido à sua natureza, como veremos nesta pesquisa.

Desse modo, em que pese o artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, que traz a redação no sentido de que o juiz é livre para compor sua convicção lastreada no conjunto probatório, sendo vedado apenas fundamentar exclusivamente nas provas colhidas na fase de inquérito, isso não significa dizer que o juiz pode se valer das provas repetíveis colhidas nessa fase, sendo que estas não foram produzidas em juízo.

Sobre o tema, os tribunais vêm decidindo em desacordo com alguns os doutrinadores utilizados neste trabalho, pois apesar de rechaçarem a condenação com base exclusivamente nos elementos colhidos em fase de inquérito, se mostram flexíveis e admitem que haja o cotejo entre a prova colhida na fase inquisitorial e a prova produzida em juízo.

Apesar de serem minoria, os doutrinadores que defendem o posicionamento da não utilização das provas colhidas na fase investigatória possuem fortes argumentos de convicção, que foram devidamente estudados e serão apresentados logo a seguir.

1. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR BRASILEIRA

Os seres humanos compartilham da necessidade de viver em sociedade, pois essa convivência faz parte de sua natureza, e com isso surgem algumas questões sociais que merecem atenção, como as questões criminais.

Em relação à questão criminal, sabemos que essa lesa direitos individuais, mas também direitos coletivos, e é aí que o Estado entra para realizar seu papel, seja zelando a paz social e o bem estar comum ou exercendo o seu direito de punir, que inicia-se pela investigação preliminar embasada pelo Inquérito Policial.

1.1. O inquérito policial

O tema referente ao Inquérito Policial encontra previsão legal nos artigos 4 a 23 do Código de Processo Penal.

Podemos definir Inquérito Policial como um conjunto de diligências, ou seja, atos investigatórios que são realizados pela polícia judiciária, tanto civil quanto federal, com o objetivo de investigar infrações penais de modo à colher elementos necessários para a propositura de uma ação penal.

No Brasil, existe uma divisão policial que é conceituada em administrativa e judiciária, de modo que existem algumas distinções entre elas. A primeira diferença existente entre a polícia administrativa e a judiciária é o fato de a primeira atuar preventivamente e a segunda repressivamente, ao passo que a administrativa possui objetivo de impedir a conduta antissocial e a judiciária apurar fatos que já ocorreram.

Todavia, em alguns casos a polícia administrativa também exerce atividade repressiva, como por exemplo, ao impor multas e advertências, ou a suspensão de atividades. Por isso há aqueles que sustentam que a principal diferença da polícia administrativa e da judiciária está na ocorrência de um crime. Assim, a polícia administrativa atua na prevenção e repressão do ilícito administrativo ao passo que judiciária age a partir do ilícito penal.

A polícia judiciária é presidida por um delegado, representante do Estado, definido por Laudelino Freire (2001, p. 30) como *“aquele que é autorizado por outrem a representá-lo; enviado, emissário, comissário. Aquele em que se delega alguma comissão de serviço público depende de autoridade superior.”*

Nas palavras do autor Ubirajara Rocha (1965, p. 27), o delegado de polícia é definido como: *“uma autoridade policial, cabendo-lhe por lei manter a ordem social e a tranquilidade coletiva. Exerce autoridade e possui poder, possui função e missão que devem ser inteiramente empregados a serviço do povo”*.

Assim, pode-se definir delegado de polícia como uma pessoa que representa o Estado em razão de um serviço público, que possui poder para manter a ordem e a paz coletiva da sociedade.

Após uma breve análise da polícia judiciária e sua representação exercida por um delegado, passemos a entender o Inquérito Policial.

1.1.1 Conceito

O inquérito policial é um procedimento administrativo preliminar de caráter inquisitivo, que como já dito, é presidido pela autoridade policial, que possui o intuito de reunir elementos informativos para contribuir com a informação da *"opinio delicti"* do titular da ação penal. Ou seja, a polícia judiciária age como um auxiliar do Ministério Público e o judiciário no exercício de suas funções, fornecendo as informações necessárias para a apuração de um delito. O Inquérito colhe elementos que são extremamente importantes para o deferimento ou não das medidas cautelares realizadas pelo Juiz.

Segundo Rangel (2011, p. 102), *“o inquérito policial é o instrumento pelo qual o Estado se vale na persecução penal, através da polícia judiciária, na pessoa da Autoridade Policial, sendo tal atividade integradora das funções típicas de Estado”*.

Segundo Capez (2006, p. 72) inquérito policial: *“É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º)”*.

Ou seja, aproveitando o gancho das palavras dos mestres, trata-se de um procedimento de perseguição e com caráter eminentemente administrativo.

Algumas características definem o Inquérito Policial. Dentre elas, veremos as principais.

O procedimento do IP é o escrito, de modo que não existe Inquérito Policial nas suas finalidades, se este for realizado verbalmente. É necessário que as peças do inquérito policial sejam reduzidas a escrito e rubricadas pela autoridade policial, conforme Código de Processo Penal, em seu artigo 9º do, CPP, dizendo que “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

Outra característica é o sigilo. A autoridade policial deve assegurar no inquérito o sigilo que reconhecer necessário para a elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse social, art. 20, CPP, “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

O artigo acima não se estende ao representante do Ministério Público, bem como ao Magistrado ou Advogado. Este último, porém, não terá acesso as diligências ainda em andamento na qual ainda não foram concluídas. Esse sigilo é indispensável à própria eficácia da investigação, muito embora haja casos em que a publicidade auxilia nas investigações.

Importante ressaltar que a doutrina e jurisprudência mencionam que existe o sigilo externo e o sigilo interno, porém não é aplicado o sigilo interno no caso de IP, pois se trata do ministério público, magistrado e advogado. No caso do advogado, como já mencionado, ele não possui acesso amplo ou irrestrito aos autos do IP, por isso seu acesso diz respeito às diligências que já foram documentadas, e não àquelas em andamento. Assim explicita a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal:

Súmula Vinculante 14 - É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A indisponibilidade também é característica do IP. A autoridade policial não pode arquivar autos de inquérito policial. Conforme diz o artigo 17 do Código de Processo Penal, o delegado não é o titular da ação penal, e por tanto não poderá mandar arquivar autos de inquérito. Assim diz o artigo: “a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”.

Ressalta-se que cabe ao órgão acusatório, sendo este o Ministério Público pedir o arquivamento do inquérito policial ao juiz, de modo que, caso o magistrado concorde com as razões elencadas, o inquérito será arquivado, contudo caso ele não concorde, fará remessa dos autos ao procurador-geral que poderá: designar outro membro do Ministério Público para oferecer a denúncia, que pode oferecer ou pedir o arquivamento novamente, porém dessa vez o juiz será obrigado a atender ao pedido, conforme artigo 28 do Código de Processo Penal.

O Inquérito também é Inquisitivo, conforme a visão de Capez (2006, p.79):

"caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias aos esclarecimentos do crime de sua autoria”.

Vemos que Capez explica essa característica torna o Inquérito secreto, onde não é aplicado o princípio do contraditório e nem o da ampla defesa, uma vez que não há acusação, portanto, não se fala em defesa.

O inquérito é disponível. Assim aduz o Código de Processo Penal em seu artigo 12: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”. Observa-se que esse dispositivo, interpretado de maneira gramatical demonstra que o inquérito poderá servir de base para denúncia ou queixa, mas por outro lado, tanto a denúncia quanto a queixa poderá existir sem existir o inquérito Policial. Sendo assim, o Inquérito Policial não é indispensável para a propositura de uma ação penal.

Evidencia-se que as características do Inquérito Policial são premissa de efetividade dentro da persecução, analisando qualitativamente os procedimentos usuais e legais utilizados e,

apresentando dentro do procedimento uma maior credibilidade perante o titular da ação penal. Essas características também funcionam como uma maneira eficaz de assegurar as garantias Constitucionais do investigado.

1.1.2 Finalidade

A real finalidade do Inquérito Policial é investigar crimes e descobrir seu autor. Além disso, ele serve de base para que o Ministério Público, através da denúncia, inicie uma ação penal.

O Inquérito Policial não visa a condenação do indivíduo apontado como culpado, pois os réus possuem o direito de promover, desde logo, os elementos de defesa contra a acusação a eles dirigida, sendo lícito ao réu requerer qualquer diligência que considere útil aos interesses de sua defesa. Fica a critério da autoridade policial, nesse caso o delegado de polícia deferir algum pedido feito, ou não atendê-lo, caso a diligência desejada não seja realizável ou se não trouxer benefícios à apuração dos fatos.

O objetivo de investigar e apontar o autor do delito que existe no IP tem por base a segurança da ação da justiça e do acusado, pois através da investigação prévia se pode obter elementos preliminares que sejam suficientes para servirem como prova, apontando com relativa firmeza, a ocorrência de um delito e seu autor. O simples ajuizamento da ação penal contra alguém pode vir a provocar um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser um ato leviano, realizado sem base de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade.

Portanto, apesar da finalidade do Inquérito Policial ser de fato investigar um crime e encontrar seu autor, observamos que vai muito além disso, pois esse mecanismo auxilia a justiça criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, inclusive para verificar se o fato trata-se realmente de um crime.

2. A UTILIZAÇÃO DAS PEÇAS DO INQUÉRITO POLICIAL NOS AUTOS PROCESSUAIS

Por muitos anos existe o entendimento nos Tribunais de que as provas colhidas durante a fase inquisitorial não podem ser, de maneira isolada, fundamentos para uma sentença condenatória, porém se em consonância com as demais provas coligidas sob o crivo do contraditório, podem compor o convencimento do juiz.

A redação trazida pela Lei nº 11.690/08 para o artigo 155 do Código Penal nos diz que: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvados as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Essa redação nos diz que o juiz poderá utilizar as provas do IP, se for de forma subsidiária e forem corroboradas em juízo.

Existem as provas não repetíveis, que por sua natureza, devem ser produzidas no momento certo, para que não pereçam ou tenham sua produção impossibilitada no decorrer do processo. Essas provas são as perícias técnicas, que poderiam perecer com o lapso temporal.

LOPES Jr e GOEKNER (203, p.326) alegam que por se tratarem de provas impossíveis de serem repetidas, estas deveriam ao menos estar sob o crivo da ampla defesa, através da defesa técnica, uma vez que terão a mesma validade das demais provas produzidas em juízo. Permitir a produção de provas de maneira antecipada é autorizar que um ato investigatório tenha status de prova, isto é, utilizada para a sentença, conforme dispões o artigo 156, I, do Código de Processo Penal.

Ocorre que, apesar das já demonstradas condições de utilização do Inquérito Policial que traz a redação da Lei nº 11.690/08 para o artigo 155 do Código Penal, persiste uma problemática nesses casos, como nos demonstra Aury Lopes Jr, em suas obras, que é a inexistência do contraditório na fase inquisitiva, de modo que isso impossibilitaria a utilização do Inquérito e tornaria qualquer sentença nula por não se embasar em provas produzidas durante a instrução criminal.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2013, p.74) a possibilidade de uma sentença penal condenatória embasada em provas colhidas de maneira exclusiva na fase pré-processual, seria

uma violação direta ao artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, que prevê "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

O artigo 12 do Código de Processo Penal nos diz que: "O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra". Porém, para Lopes Jr. e Gloeckner isso significa tão somente:

Por servir de base para a ação penal, ele devera acompanhá-la para permitir o juízo de pré-admissibilidade da acusação. Nada mais que isso. Servira para o que o juiz decida pelo processo ou não processo, pois na fase processual será formada a prova sobre a qual será proferida a sentença. (LOPES Jr.; GLOECKNER, 2013, ps. 301/302).

A jurisprudência e a doutrina que defendem essa veracidade das provas colhidas na fase pré-processual, geram equivocadamente, uma presunção de veracidade contrária à própria natureza e razão de existência de inquérito policial.

O que Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner querem dizer é totalmente o contrário. Eles levam em consideração o caráter instrumental, sumário, de cunho administrativo, sigiloso do inquérito, bem como o fato mais importante que é a impossibilidade do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, não corroborada pelas provas realizadas em juízo, nem mesmo uma confissão durante a fase inquisitiva poderia ser valorada, pois "a coação é patente e inegável, autorizando inclusive a presumir-se" (LOPES Jr; GLOECKNER, 2013,p.302).

O que se extrai da legislação anterior ao Código de 1941 é apenas um vício histórico. Isso porque nessa época alguns códigos Estaduais previam expressamente que o inquérito Policial deveria acompanhar a denúncia ou queixa, devendo incorporar-se ao processo, merecendo valor até que se prove o contrário.

Ocorre que a Lei nº 11.690/2008 alterou os dispositivos que tratam de prova e procurou traçar novos ditames reguladores do sistema probatório no Processo Penal. Estabeleceu regras sobre a licitude das provas, privilegiando o contraditório e adequando a norma ao atual sistema constitucional vigente. Trouxe nova redação ao artigo 155 e seguintes, que antes não fazia referências a valoração probatória dos atos do inquérito policial, muito pelo contrário, pois trazia uma problemática para essa questão.

Importante ressaltar que, na fase inquisitorial, as garantias constitucionais não estão presentes, assim, se utilizar do conjunto probatório colhido através do Inquérito Policial para condenar, seria infringir essas garantias.

Outro ponto importante dessa discussão é o fato de que o Magistrado, mesmo sendo inerte na fase pré-processual tem o papel de tomar decisões que não cabem ao Ministério Público, bem como à autoridade policial. Trata-se de atos como as prisões cautelares, mandados de busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, entre outros. Desse modo, a imparcialidade do juízo não estará absolutamente garantida.

Para esse problema, existe a figura do juiz de garantias, e Aury Lopes Jr, um dos juristas responsáveis pela reforma do Código de Processo Penal, em entrevista para o jornal do Comércio em 2010, explica qual será o papel do juiz garantidor:

Essa figura existe em diversos países e atua na fase pré-processual. É responsável por decretar prisões cautelares, ou seja, decretar medidas restritivas de direitos fundamentais quando houver o pedido da polícia ou do Ministério Público. Isso é igual ao que se tem hoje, a diferença é que o código, seguindo uma jurisprudência de mais de 30 anos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, vem dizendo que o juiz que participa desta fase inicial não pode ser o mesmo que depois no processo vai julgar, porque ele está contaminado. Isso assegura, acima de tudo, a imparcialidade do julgador, diminuindo os pré-julgamentos.

Questionado na mesma entrevista pela repórter sobre os prejuízos que podem causar a inclusão de mais um juiz no mesmo processo, já que a falta de juízes em algumas comarcas vem sendo um problema para o judiciário brasileiro, o jurista responde que esse é um argumento frágil, pois não se trata de mero problema de pessoal, mas sim de estrutura cultural no Brasil. Além disso, será dado prazo para a adaptação e contratação de mais juízes. Lopes Jr ainda traça soluções á curto prazo que não teriam impacto orçamentário: "Existem soluções ainda mais simples: que os juízes trabalhem nas duas funções, só que em casos distintos, e também um juiz das garantias pode trabalhar em mais de uma comarca, sendo elas próximas".

2.1. O perigo da valoração das provas colhidas na esfera policial diante das nulidades cometidas nessa fase

No que se refere ao valor probatório do Inquérito Policial, sabe-se que a doutrina é bastante controversa, não havendo um posicionamento conciso, uma vez que parte dela não reconhece seu valor probatório, aduzindo se tratar de peça meramente informativa, e também pelo argumento da ausência de contraditório e ampla defesa nessa fase pré-processual, trazendo nulidade ao processo quando valorada a prova produzida nessa fase.

Por outro lado, outra parte doutrinária reconhece o valor probatório do Inquérito, por alegarem, dentre outras coisas, que as provas ali colhidas corroboram com as produzidas em juízo, sendo válidas nessas condições sem causar qualquer nulidade processual.

Segundo Aury Lopes Jr, entende-se por nulidade: "[...] pratica de um ato em desconformidade com a forma processual o invalida" (LOPES Jr.; GLOECKNER, 2013, p. 334). Porém, para que qualquer ato seja declarado nulo, é necessário uma decisão judicial que assim o declare.

As nulidades processuais no direito Brasileiro seguem alguns princípios, dentre eles o da instrumentalidade das formas, constante no artigo 563 do Código de Processo Penal: Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Pelo princípio da instrumentalidade das formas, temos que a existência do ato processual não é um fim em si mesmo, mas instrumento utilizado para se atingir determinada finalidade. Assim, ainda que com vício, se o ato atinge sua finalidade sem causar prejuízo às partes não se declara sua nulidade.

Para Lopes Jr e Gloekner (2013, p 337): "Além disso [...] a forma não consiste em um fim em si [...] toda vez que o ato processual tiver atingido sua finalidade, não se deve declarar sua nulidade". Como visto, para o autor, a instrumentalidade das formas está totalmente ligada ao sistema inquisitório. No mesmo raciocínio, a instrumentalidade das formas se mostra insustentável a partir da Constituição da República, ao passo que se deve construir uma nova teoria das nulidades, que seja coerente com o texto constitucional.

É sabido que no que tange Inquérito Policial, o entendimento pacífico doutrinário, bem como jurisprudencial é o de que não existe nulidade, mas apenas irregularidades durante essa fase, sendo que estas não podem atingir o processo devido à natureza do inquérito, pois se trata de um formador da opinião Ministerial para o oferecimento da denúncia. Entretanto, de maneira sábia Lopes Jr e Gloekner, ousam discordar do senso comum alegando que esta argumentação é meramente comodidade intelectual, uma vez que se trata de um posicionamento consolidado.

Eles buscam defender que a natureza jurídica do Inquérito não o torna imune às garantias processuais próprias do sistema processual penal brasileiro, principalmente no que se refere ao artigo 5º, inciso LV, que prevê a ampliação da ampla defesa e do contraditório a fase de investigação preliminar.

A interpretação dos princípios fundamentais não podem ser restritivas. Não existe previsão no princípio do devido processo legal que vede o reconhecimento de nulidades em processos administrativos, pois estes são suscetíveis a nulidades. Em suas palavras:

[...] a alusão de que o inquérito policial não se subsume ao controle de legalidade equivale a uma declaração de presunção absoluta de sua regularidade, o que não é confirmado pela teoria processual muito menos pela sua prática. Sua aquisição no seio do processo penal não o exime de rígido controle de validade; muito pelo contrário. O fato de ingressar no plano processual exige que adquira as mesmas características tributáveis aos atos jurídicos-processuais judicializados. (LOPES Jr.; GLOEKNER, 2013, p. 344).

Outra objeção ao reconhecimento de nulidades na fase inquisitória é a de que não se aplicaria a este por se tratar apenas de atos de investigação e não constituir fundamento para a sentença condenatória.

Mais uma vez esse argumento contradiz a inteligência trazida pelo Código de Processo Penal ao afirmar que o julgador não poderá formar seu convencimento com base exclusiva nas provas do inquérito. Isso significa dizer que se ele não pode formar seu convencimento EXCLUSIVAMENTE baseando-se no inquérito, ele poderá utilizá-lo desde que o faça em consonância com o conjunto probatório colhido na fase processual.

Ocorre que, por mais que se tente negar, sabe-se que as provas colhidas na fase investigatória, na realidade, não servem apenas para a formulação da denúncia, mas influenciam sim, na convicção do magistrado na hora em que profere sua sentença. E essa prática tornou-se tradicionalmente comum.

Desse modo, se há entendimento de que as provas produzidas durante o Inquérito policial podem ser valoradas juntamente com as provas judicializadas, não existe argumento que sustente que essas provas cheias de vícios não irão contaminar as demais. Aury Lopes Jr e Ricardo Jacobsen Gloeckner (2013, p. 342):

Se as razões apresentadas de alguma maneira afrontam os postulados básicos do processo penal, se a inconsistência dos fundamentos de alguma forma se torna cristalina à medida que se examinam os discursos jurídicos que se colocam por detrás dos significantes invocados, então, não há motivos para se manter ou sustentar tão desarrazoada e artificial construção à evidência que a nulidade de um inquérito policial não apenas ser exarada pelo magistrado confrontado ao seu exame como deverá atingir também a ação penal decorrente dessa invalidade originaria. (destaquei)

E, continuam:

[...] se o juiz realmente fizer um exame da denuncia 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 sua exclusão dos autos. Ato contínuo deverá ainda se aquele ato não contaminou outros, pois nesse caso, deverão também ser retirados do processo.

[...] Receberá a denúncia se, mesmo com a exclusão da diligência nula, ainda restarem elementos válidos e não contaminados que permitam concluir que existe, em grau de probabilidade o *fumus comissi delicti*. (LOPES Jr.; GLOEKNER, 2013, p. 348)

Esse entendimento acolhe a teoria da contaminação dos frutos da árvore envenenada, que veda a utilização de provas ilícitas em qualquer fase do processo, inclusive as derivadas destas. Nas palavras de Eugênio Pacelli, a referida teoria é conceituada da seguinte forma: “*A teoria The fruits of the poisonous tree, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas*”.

Todavia, o que se vê nos tribunais é um posicionamento completamente contrário ao do jurista Aury Lopes Jr. Observe:

Ementa: HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A VIDA. FEMINICÍDIO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Alegação de nulidade por não realização de audiência de custódia. A superveniência de novo título a embasar a custódia cautelar, qual seja, o decreto de prisão preventiva, é hábil para superar a alegação de nulidade diante da não realização da audiência de custódia (RHC 74.349/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 14/11/2016). 2. Alegação de nulidade por prova ilícita colhida no inquérito policial. Indiciado que teria confessado a prática do crime por ocasião da realização de "interrogatório informal". Em certidão, a autoridade policial relatou que, em conversa informal, o acusado teria narrado a prática criminosa e confessado a autoria delitiva. A certidão não pode ser utilizada como elemento de convicção. Questão que já foi acolhida pelo juízo a quo, e que, porém, não enseja a nulidade do decreto preventivo. **A ilicitude desta prova não gera a mácula das demais colhidas legalmente e de forma independente. Vale dizer, inexistente nulidade no caso em que a prova ilícita não influi diretamente nas demais provas. O decreto preventivo encontra-se fundamentado em outros elementos probatórios. Ademais, eventual nulidade ocorrida no bojo do inquérito policial não tem o condão de macular a ação penal daí originada, desde que tomadas todas as medidas cabíveis para que os elementos ilícitos não produzam efeitos no respectivo processo-crime.** 3. No caso, não obstante a vítima possuir medidas protetivas contra o acusado, autorizou que o acusado fosse dormir na mesma residência, pois ambos não teriam para onde ir. Acusado que, em tese, teria desferido golpes na cabeça da vítima, com uma tábua de madeira, enquanto ela dormia. Existência de provas da materialidade e indícios suficientes de autoria. As circunstâncias em que ocorreu o fato imputado ao paciente são graves e denotam extraordinária impulsividade, frieza e violência no agir do acusado, relevando a sua periculosidade. Circunstâncias, pois, que revelam a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. Revelada a gravidade concreta do crime cometido em tese, a justificar a continuidade da prisão cautelar, nos moldes do art. 312 do Código de Processo Penal. O decreto preventivo encontra-se devidamente fundamentado (art. 93, IX, da CF). Mostra-se plenamente justificável a privação da liberdade do paciente em caráter excepcional cautelar, haja vista a demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum in libertatis* (art. 312, CPP). 4. As questões suscitadas pela defesa, em sede de resposta preliminar à acusação, encontram-se no terreno do mérito a ação penal, não sendo suscetíveis de conhecimento em sede de habeas corpus, salvo manifesta ilegalidade - o que não é o caso. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70074213596, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 23/08/2017) (destaquei).

2.2. Contaminação da evidencia sobre a verdade nas sentenças

De acordo com os Juristas LOPES Jr. e GLOECKNER, 2013, p. 319, as hipóteses de flagrâncias contidas nos incisos III e IV são “construções artificiais do processo penal e que, na realidade, estão fora do que realmente é o flagrante”.

Desse modo, para eles, equivocadamente, poderia ser entendido, que a evidencia de uma prisão em flagrante seria a própria verdade caracterizada, conquanto, a certeza visual do flagrante,

posto que o agente fosse capturado no momento ou logo após o cometimento do delito, não se faria necessário buscar qualquer outra evidência ou prova de que aquele sujeito foi o autor do crime. De modo que:

[...] a verdade evidente é vista com olhos da mente, e não se pode dizer de outro modo. E a evidência contagia a verdade na medida em que o desprendimento da evidência que falava há um instante nunca pode ser completo – tal significaria que o sujeito deixaria de ser sujeito, que a primeira pessoa se transformaria na terceira pessoa. (—Modos da Verdade, em Revista de História das Ideias, Instituto de História e Teoria das Ideias da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, v. 23, 2002, p. 15 e ss).

Nesse inteiro, percebe que há uma grande diferença entre verdade da evidência e verdade da prova. A primeira é alheia à ideia do processo, pois ela constitui um desdobramento da própria verdade em si. Já a segunda, precisa ser verificada e comprovada por dispositivos externos, o que a torna mais adequada ao processo penal, porque o processo serve exatamente — como instrumento de correção do caráter alucinatório da evidencial (LOPES Jr.; GLOECKNER, 2013, p. 321).

Desse raciocínio se torna fácil entender que o flagrante não é suficiente por si só, mas evidencia-se a necessidade de ser provado na instrução criminal para que o processo possa prosperar. Porém, se essa ideia não é executada, o acusado já se torna subjugado antes mesmo da instrução terminar, apenas pelo fato de ter sido preso em flagrante, pois isso já seria a comprovação equivocada da prática do delito, que reflete consideravelmente nas decisões e sentenças.

Deve haver uma distinção entre atos de prova e atos de investigação. Na verdade, existe essa distinção e ela deve ser utilizada no momento em que o Magistrado elabora sua sentença, para que a evidência sobre a verdade não seja contaminada. Vejamos quais são elas na visão de LOPES e GLOECKNER (2013 ps. 322/323):

Atos de provas:

- a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação;
- b) estão a serviço do processo e integram o processo penal;
- c) dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança;
- d) servem à sentença;
- e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
- f) são praticados ante o juiz que julgara o processo.

Atos de investigação (Instrução Preliminar):

- a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
- b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;

- c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza;
- d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidos;
- e) servem para a formação do *opinio delicti* do acusador;
- f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento);
- g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
- h) podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.

Entrementes, defende que uma mesma fonte e meio pode assumir atos de naturezas distintas, assim, como já mencionado, o Inquérito Policial serve tão somente para a fase investigatória cujo objetivo é a construção do *opinio delicti* do Ministério Público, que dessas obtidas na ansa inquisitorial opta por oferecer a denúncia ou arquivar o processo.

2.3. Contaminação consciente ou inconsciente do julgador

É certo que somente as provas produzidas sob o crivo do contraditório é que são válidas para uma sentença condenatória, justamente pelo risco real de contaminação do convencimento do magistrado. Essa contaminação pode ser consciente ou inconsciente, e por isso há a necessidade da exclusão física das peças do inquérito policial.

Imagine que na prática, quando não há no processo provas judicializadas para ensejar uma condenação, o Magistrado poderá então utilizar-se das provas realizadas durante a investigação policial. Porém, as provas antes produzidas devem servir apenas para a construção do *opinio delicti* do Ministério Público, de modo a oferecer ou não a denúncia.

Essa prática é muito utilizada pelos magistrados, tendo como fundamentação o artigo 155, do Código de Processo Penal, pois ele autoriza o cotejamento das provas do inquérito, e apesar de dispor que o juiz não pode condenar exclusivamente com as provas do inquérito, não afirma nada a contrário senso, assim ainda que de maneira dissimulada, permite que haja a utilização dos atos do inquérito na formulação de sentenças. Entrementes, essas sentenças carecem de garantias

fundamentais, restando apenas a verdade formal, gerada a partir do que é formalmente admitido no processo penal, deixando de lado a verdade material.

2.4. A necessidade da exclusão física das peças do inquérito policial

Para Lopes Jr e Gloekner (2013, p.322) a melhor solução para evitar a contaminação nas decisões dos magistrados seria a exclusão física do inquérito policial, pois dessa forma, a *opinio delicti* do Magistrado estaria livre de contaminação advinda das provas colhidas na fase investigatória. Pois se sabe que apesar delas não serem mencionadas na sentença, elas compõem os autos do processo e ficam à disposição para análise.

O problema [...] leva-nos a defender como única solução uma reforma urgente, que determine a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo, evitando o que o legislador espanhol de 1995 definiu como indesejáveis confusões de fontes cognitivas atendíveis, contribuindo assim, para orientar sobre o alcance e a finalidade da prática probatória realizada no debate (ante os jurados).

E finalizam:

O objetivo é absoluto, de modo que a fase pre-processual não é atribuído o poder de aquisição da prova. Ele somente deve recolher elementos úteis à determinação do fato e da autoria em grau de probabilidade, para justificar a ação penal. (LOPES Jr.; GLOEKNER, 2013, p. 322)

Dessa maneira, as provas seriam competência da fase processual, pois a fase inquisitorial se destina tão somente ao convencimento do órgão acusador, que apenas decidirá pelo processo ou não processo. Esse argumento de separação baseia-se no fato de o convencimento do juiz ser livre, e se os elementos colhidos na fase investigativa estiverem nos autos, o juiz poderá utilizá-los, mesmo que não coloque como argumento na decisão.

3. PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Princípio é a origem de algo, ou uma característica que denomine algo e o diferencia das outras coisas. No universo jurídico, os princípios dão fundamento e regem diversas coisas.

A correta designação da palavra "princípio", segundo o dicionário Aurélio: "momento ou local ou trecho em que algo tem origem; causa primária; elemento predominante na constituição de um corpo orgânico".

Desta forma, os princípios que regem o direito processual (penal) constituem o marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico processual (penal), sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do direito que lhe antecedem. Porém nosso escopo são aqueles. As respostas para determinados problemas que surgem no curso de um processo criminal, estão muitas vezes nos princípios que o informam, porém, o intérprete ou aplicador da norma não os visualiza, dando interpretações ou aplicando normas em contraposição aos elementos primários de constituição do processo. (apud RANGEL, 2009, p. 3, grifos do autor).

Os inúmeros princípios que norteiam o Processo Penal brasileiro encontram-se determinados tanto pela Constituição federal quanto pelo Código de Processo Penal, sendo que se pode destacar: o princípio da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, da inocência e não-culpabilidade, do favor rei, da iniciativa das partes, da imparcialidade do Juiz, da verdade real entre outros.

Veremos a seguir os princípios do contraditório e da ampla defesa, que são específicos e regem as provas produzidas no âmbito do Direito Penal, sendo muito importante sua compreensão para a utilização adequada das provas e para o entendimento do presente trabalho.

3.1. Do contraditório

Previsto no artigo 5º, inciso LV, Constituição Federal de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. Esse princípio exige que o processo penal se desenvolva de maneira que permita às partes deduzir livremente suas alegações, apresentar as provas que achar conveniente e necessário, bem como criticar as atividades exercidas por outros envolvidos, como juiz e partes.

A intenção é criar uma paridade entre os polos ativo e passivo, para que suas forças sejam similares. Vejamos a visão de Aury Lopes Junior acerca desse princípio:

“O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo protestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria dialética do processo.”

Veja que o contraditório é o que assegura aos litigantes no processo o direito de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, ou seja, são princípios dependentes reciprocamente.

Apesar disso, o princípio do contraditório e o da ampla defesa não são sinônimos. Eles possuem de fato uma ligação íntima, pois ambos se originam do devido processo legal, porém dentre algumas diferenças marcantes, tem-se que do contraditório servem-se defesa e acusação, enquanto a ampla defesa abarca o direito apenas do acusado.

3.1.1. Da vedação do contraditório na fase inquisitorial

No que diz respeito ao uso do contraditório no Inquérito Policial, a doutrina e a jurisprudência pátria se mostram divergentes. A grande maioria não aceita seu emprego, enquanto uma minoria aprova-o.

Para os que negam o contraditório em fase inquisitorial, a justificativa é a de que a investigação preliminar não é considerada processo administrativo, mas sim uma peça informativa que serve para buscar provas de autoria e materialidade do delito, dando posteriormente base para o titular da ação penal denunciar ou não o investigado. Assim assevera Alexandre de Moraes:

“O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público”.

Vejamos a atual jurisprudência:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. INQUÉRITO POLICIAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. NULIDADE. NÃO CABIMENTO. **O inquérito policial, assim como o Procedimento Investigatório, tem caráter inquisitorial por se constituir em ato administrativo de colheita de informações para subsidiar possível ação penal, não exigindo o contraditório, e, portanto, não é passível de nulidade, exatamente por ser peça informativa à propositura da denúncia.** Ausência de omissão a ser sanada. EMBARGOS DESACOLHIDOS (Embargos de Declaração Nº 70074445784, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 10/08/2017) (destaquei);

Mas afinal, o inquérito trata-se de processo administrativo ou procedimento? Para o jurista Celso Antônio Bandeira de Melo, “ processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”. Isso não ocorre no inquérito, que é, pois, apenas uma peça informativa.

Sendo assim, para solucionar essa dúvida, Tourinho Filho afirma:

“Certo que o Art. 5º, LV, da Lex Legum proclama que **‘aos litigantes’**, em processo judicial ou administrativo... ’ se permite a ampla defesa; então, por conseguinte, não se pode dizer que o ‘processo administrativo’ aí compreenda o inquérito, sob pena de transmudarmos os indiciados em litigantes... o que sabe a disparate. Ademais quando o dispositivo constitucional fala em processo administrativo com ampla defesa refere-se, iniludivelmente, àquele procedimento que pode culminar com alguma, como ocorre nas administrações públicas. Às vezes são denominados sindicâncias. E, às escâncaras, tal não se dá no inquérito, peça meramente informativa.” (destaquei).

Veja então que para o autor o Inquérito é procedimento. Corrobora com esse entendimento o fato do dispositivo descrever "litigantes", pois como teoricamente não há litigante durante a fase inquisitiva, o que daria o direito ao contraditório e à ampla defesa, não há sentido aplicar o contraditório, vez que não há acusação.

Outro ponto mencionado pelos defensores da não utilização do princípio do contraditório no inquérito é uma divergência entre a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal. Isso porque nossa constituição tende a buscar limitações do poder Estatal, através dos princípios, enquanto o código de Processo Penal foi elaborado para assegurar que os delitos não restassem impunes. Sabemos que se tratam de institutos igualmente importantes, não se podendo negar fazer o uso de um e de outro. Para esclarecer esse dilema, Nucci aduz:

“É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Mas baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc). Somente após ingressa-se com ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório”.

Por fim, ainda há a alegação sobre a vedação ao uso do contraditório no Inquérito policial que diz respeito ao sigilo nas investigações, pois caso o delegado seja obrigado a dar ciência de todas as diligências realizadas, esse fato acarretaria ineficácia ao procedimento, tumulto nas investigações e possível intervenção do investigado de modo a querer ocultar provas.

3.1.2. Da utilização do contraditório na fase inquisitorial

Dito isto, passemos a analisar os defensores do uso do contraditório no inquérito policial, pois para alguns doutrinadores o direito ao contraditório na fase inquisitiva está expressamente defendido pela Constituição Federal, em seu inciso LV do Art. 5º. Esses doutrinadores aduzem

que em qualquer fase da percução criminal, seja investigação preliminar ou em juízo, o princípio constitucional do contraditório deve se fazer sempre presente.

A afirmativa parte do pressuposto de que o indivíduo, após ser indiciado, mesmo informalmente, já se encontra em uma situação de litígio, diante o seu confronto com o Estado investigador, e sendo assim, conforme o disposto na Constituição, o contraditório deve ser permitido devido às consequências que este ato trará, como a exposição do indiciado, fragilizando sua reputação.

O penalista Aury Lopes coloca em questão o indiciamento sem prisão cautelar, pois para ele, quando há a prisão cautelar, o indivíduo já tem ciência de que lhe está sendo imputado algum delito, e nesta hipótese o Estado já indicou o autor da infração existindo uma situação de litígio, abrindo margens para as garantias presentes na Constituição, como por exemplo, a contratação de um advogado.

Entretanto, quando o indivíduo é indiciado em liberdade, o Código de Processo Penal não indicou o momento em que ele passa a ser indiciado, mesmo que contra ele esteja correndo fundadas razões de ter cometido um crime. *“Nos casos em que o sujeito passivo permanece em liberdade, o CPP não dispõe claramente sobre o indiciamento como ato em si. Tampouco a doutrina brasileira deu merecido destaque ao tema, possivelmente cega pelo mofado e superado entendimento de que durante o inquérito o indiciado não passa de simples objeto de investigação. São limites doutrinários como este, estabelecidos na época do verbo autoritário, que freiam o próprio desenvolvimento e evolução do processo penal.”*

Outro ponto importante é o fato de o artigo 5º, LV da Constituição prever que aos processos administrativos é assegurado o contraditório e a ampla defesa, e portanto não há razões para o inquérito não cumprir essa norma.

Rogério Lauria Tucci leciona que deve, pois, ser a investigação preliminar abrigada pelo disposto na Constituição. Assim afirma:

“Se o próprio legislador nacional entende ser possível a utilização do vocábulo processo para designar procedimento, nele se encarta, à evidência, a noção de qualquer procedimento administrativo e, conseqüentemente, a de procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o inquérito policial.

Aury Lopes Junior assevera que o princípio do contraditório deve ser obedecido no inquérito haja vista que os juízes não obedecem ao princípio do devido processo legal que só admite a utilização de provas obtidas em juízo como fundamento de sentença condenatória. Veja como ele aduz:

“A prova que é colhida na fase do inquérito e trazida integralmente para dentro do processo acaba mascarando a decisão final do julgador, tendo em vista que a eleição de culpa ou inocência é o ponto nevrálgico do ato decisório e pode ser feita com base nos elementos do inquérito policial e disfarçada com um bom discurso”.

Para reforçar a executividade do princípio, prevê o Art. 155, do CPP (Alterado pela Lei 11.690 de 2008):

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

Essa alteração do Código de Processo Penal trouxe o fortalecimento da permissão ao contraditório no inquérito, já que se o juiz pode fundamentar sua convicção em elementos normativos colhidos na investigação prévia, caso sejam provas cautelares, irrepetíveis ou antecipadas, por óbvio, ao menos neste momento, o aludido princípio deve ser observado de pronto. Não cabe dar ao indiciado apenas o contraditório diferido, que somente terá efetividade durante o processo judicial, mostrando-se tardio e ineficaz.

De todo modo, vimos que existem jurisprudências acolhedoras do entendimento de que as provas obtidas na investigação podem fundamentar uma decisão de procedência da acusação. Então, neste caso, acarretaria a conseqüente liberdade de ampla defesa no procedimento, pois afinal, este foi o único momento de produção de provas.

Entrementes, mesmo sendo ainda minoria, se entendimento permissivo ao contraditório, não alega estar presente o princípio do contraditório na fase de inquérito, mas nos demonstra que em algum momento ele é aceito, sem determinar quando. Esse entendimento apenas permite o direito de defesa e duplo grau de jurisdição, o que é consolidado na doutrina.

3.2. Da ampla defesa

O princípio da ampla defesa anda lado a lado com o princípio do contraditório. Ele garante ao réu o direito de utilizar todos os meios de prova admitidos em direito para a realização de sua defesa. Assim assevera Aury Lopes Jr.:

Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantista. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório. (JUNIOR, Aury Lopes. Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.326.)

Esse princípio se encontra fundamentado juntamente com os direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988.

Ele tende a ser visto como um direito ligado ao acusado, porém, em uma maior perspectiva, vemos que a ampla defesa também proporciona, por outro lado, a garantia de um processo justo.

Dentre os direitos envolvendo esse princípio, estão o conhecimento claro da imputação que é feita; poder apresentar as alegações contra a acusação; acompanhar as provas produzidas e apresentar a contraprova; obter a defesa técnica de um advogado; poder recorrer de decisões não favoráveis e outros.

Defesa e contraditório estão intimamente relacionados, e não existe entre eles relação de primazia, pois ambos são garantidores do devido processo legal, pois para que no decorrer do processo haja a correta aplicação da justiça, é necessário que cada lado tenha o direito de se contrapor ao ato da parte contrária. Por isso, é necessário que o juiz verifique se o acusado teve reais condições de se opor ao Ministério Público.

Como mencionado anteriormente, o fato de o legislador gerar certa confusão ao mencionar o inquérito como "processo administrativo", quando deveria ser "procedimento" ou mencionar "acusado" e não "indiciado", não pode ser obstáculo para a aplicação desse princípio na fase de inquérito policial.

Existe um posicionamento defensivo acerca da utilização da defesa durante a investigação, para garantir a melhor liberdade de atuação da defesa, um exemplo disso é a perícia na fase investigativa, pois se a defesa não apresenta quesitos, o réu poderá sair prejudicado. Veja o entendimento de Antônio Scarance Fernandes:

Há, sem dúvida, necessidade de se admitir a atuação da defesa na investigação, ainda que não se exija o contraditório, ou seja, ainda que não se imponha a necessidade de prévia intimação dos atos a serem realizados. Não se trata de defesa ampla, mas limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito, como o requerimento de diligências, o pedido de liberdade provisória, de relaxamento de flagrante, a impetração de habeas corpus (...). (FERNANDES, 2007, p. 70.)

No entendimento de Aury Lopes Jr., “O direito de defesa não é um direito autônomo, mas sim um direito-réplica que nasce de uma agressão que representa para o sujeito passivo a imputação”.

Veja que o autor nos mostra que o direito de defesa nasce como resposta à uma agressão sofrida pelo sujeito passivo, sendo essa a imputação que o Estado lhe aplicou. O argumento de que não existem acusados nessa fase, uma vez que não foi oferecida a denúncia ou queixa não pode ser relevante, pois qualquer fato aparentemente delitivo aplicado à uma pessoa lhe dá o direito a uma resistência, pois nesse momento está em jogo a liberdade e a inocência de um indivíduo.

Durante o inquérito policial, a defesa é limitada, muito embora esteja estampada na constituição, pois a maneira como é conduzido o inquérito não deixa espaço para a defesa técnica atuar em seu interior. Observamos a defesa nessa fase através da aplicação de um mandado de segurança, ou habeas corpus que também configuram a defesa fora do inquérito.

Apesar disso, é importante para o entendimento deste trabalho saber que alguns princípios constitucionais antes exigidos apenas na fase processual, já se agregam na fase inquisitiva. Essa mudança pode ser observada na alteração de alguns artigos do CPP, que evidenciam essas mudanças, como a mudança no artigo 156 do CPP.

A nova redação do artigo 156 do CPP prevê, em seu inciso I, que o juiz pode ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, quando forem urgentes e relevantes. Veja que interessante, pois é introduzida no processo, como se fosse uma ação cautelar , a possibilidade de defesa por produção de provas antecipadas.

Visto isso, entende-se que não há como afastar o sujeito passivo de uma investigação criminal do direito à ampla defesa, pois ali ele se encontra em uma situação de "acusado em geral" uma vez que a imputação e o indiciamento são formas de acusação, pois as consequências disso estarão ali presentes.

A presença de uma defesa técnica nessa fase implica em paridade de armas, dando assistência teórica de direito para quem não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir a pretensão estatal, não deixando o acusado em uma situação de inferioridade. Além disso, a presença de ampla defesa fortalece a própria imparcialidade do juiz, tanto no sistema de instrução preliminar, quanto nos demais.

Marta Saad em busca da ampla defesa na fase inquisitorial aduz que:

“[...] não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, porque esta tem lugar “em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa, e se trata de oposição ou resistência à imputação informal, pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão” [...]. Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, ed. 2015

Compartilha desse entendimento Lopes Jr, quando diz: "É lugar-comum na doutrina a afirmação genérica e infundada de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial. Está errada a afirmação, pecando por reducionismos. "Direito Processual Penal", ed. 2014, p. 338

Com sua maestria, Aury entende que qualquer notícia-crime imputa um fato aparentemente delitivo a uma pessoa e, desta forma, já se vislumbra uma agressão ao imputado, podendo gerar uma resistência. Daí se vislumbra a importância da defesa no Inquérito Policial, pois por meio dela o suspeito terá a chance de chamar a atenção do Ministério Público de modo que não haja injustiça, resultando em uma equivocada investigação.

Por fim, Aury Lopes revela à respeito da ampla defesa e contraditório na fase investigativa que “existe direito de defesa (técnica e pessoal – positiva e negativa) e contraditório (no sentido de acesso aos autos). O desafio é dar-lhes a eficácia assegurada pela Constituição. ”Direito Processual Penal”, ed. 2014, p. 338.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A valoração dos atos produzidos durante o inquérito policial nas sentenças penais condenatórias é controvertida.

Alguns doutrinadores posicionam-se no sentido de que, se há harmonia no conjunto probatório colhido na fase pré-processual com o colhido na fase processual, poderá o magistrado condenar com base numa prova produzida em sede de inquérito.

Esse posicionamento critica o posicionamento garantista de outros doutrinadores, que não aceitam que provas produzidas pela autoridade administrativa fundamente uma decisão condenatória, justificando pelo fato de estas terem valor apenas informativo.

Para Aury Lopes Junior, jurista muito estimado, garantista e o mais utilizado na presente pesquisa, o posicionamento é de que, quando houver a necessidade de produção probatória, que não poderá ser refeita no decorrer do processo, esta deverá ser realizado por meio de e um incidente de produção antecipada de provas, sendo que essas provas serão submetidas aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O Brasil adotou o sistema processual acusatório, onde a persecução penal e a ação penal são atividades desenvolvidas por órgãos distintos do juiz, porém fazem parte do Estado. Esse sistema adotado por nós objetiva deixar o julgador inerte, para que ao final declare o direito, tudo isso tutelado pelos princípios constitucionais, dentre eles os estudados nessa pesquisa, quais sejam, do contraditório e ampla defesa.

A maior discussão é com os atos praticados na investigação preliminar, onde não são observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Quando passamos a compreender conteúdos e princípios, mormente os dispostos no Código de Processo Penal, sobretudo os da Constituição Federal percebemos a importância que eles trazem quando estamos praticando/aplicando o direito em um caso concreto. As funções de acusar,

julgar e defender, na prática são concentradas em uma só pessoa: O juiz. É ele, portanto que inicia o processo, realiza o colhimento de provas e, no final, profere decisão.

Diante de tanta função/poder, o Estado Juiz muitas das vezes não oferece nenhuma garantia ao acusado, o encarando como objeto do processo, e não sujeito de direitos, embasando-se no pretense interesse coletivo de ver o acusado ser punido, baseando-se nas provas realizadas durante o inquérito, de forma isolada para uma condenação.

A intenção não é desmerecer a importância que traz o Inquérito Policial para a apuração de um crime, muito pelo contrário, pois é por meio dele que o Estado efetiva e promove a segurança dos cidadãos. Ou seja, é por intermédio dessas instituições que o Estado manifesta o seu poder de polícia. O importante é entender que antes de se restringir um dos direitos mais importantes de um indivíduo, qual seja, o direito de liberdade, o Estado deve sempre valer-se de um processo e das provas nele produzidas, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, sendo este o instrumento adequado para legitimar a aplicação de uma pena.

De maneira clara, explica Lopes Jr que "o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é o caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal)".

Dito isto, o ponto merecedor de destaque em toda essa discussão é a verdadeira utilização dos atos praticados durante o inquérito policial no momento em que o Estado Juiz prolata sua sentença, pois muito embora o inquérito policial seja feito pela polícia judiciária, não é possível prever ou impedir que este ato seja realizado a manto de arbitrariedades, sem que sejam respeitadas as garantias jurídicas que assistem o indiciado. Se os meios utilizados para colher elementos forem ilícitos, maculada estará à prova colhida.

Em linhas gerais, é preciso reformular a visão acerca da utilização das provas obtidas durante a investigação preliminar para a fundamentação das sentenças condenatórias. Não se pode negar

que, o magistrado, ao fundamentar sua decisão, não valere as provas obtidas durante a instrução policial de modo isolado, pois seu acesso à elas acaba por influir no espírito da formação do seu livre convencimento para o julgamento da causa, ou seja, grandes são as chances de valoração de uma prova que não passou pelo crivo do contraditório, e que não se tem segurança de sua veracidade.

Obviamente cabe à autoridade policial agir de maneira transparente e imparcial (atuando como juiz da fase pré-processual), fornecendo, sempre que possível, a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, principalmente quando se tratar de provas não repetíveis, que não se sujeitarão ao contraditório judicial. Porém, esse controle foge às mãos da autoridade julgadora, que posteriormente, tendo que exercer sua função e prolatar a sentença não saberá acerca da idoneidade da prova produzida.

É preciso que nós não nos prendamos em discussões inúteis. O sistema penal pátrio funciona de modo interligado, e as funções exercidas pelos órgãos que compõem a persecução penal são todas de crucial importância para o resultado final. Mais importante do que brigar para decidir o valor probatório na fase policial ou judicial é ver todo aparato do Estado funcionando de maneira integrada e eficiente, garantindo-se, assim, uma melhor prestação do serviço público em prol da sociedade.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso teve por objetivo uma análise da influência das provas colhidas durante a instrução criminal, realizada por meio do Inquérito Policial, nas decisões condenatórias judiciais. O inquérito Policial que é realizado pela polícia judiciária objetiva investigar a prática delituosa, sua autoria e materialidade, para que posteriormente o Ministério Público realize a propositura da ação perante o Poder Judiciário.

Vimos que nós seres humanos compartilhamos a necessidade de viver em sociedade, e que essa convivência é natural entre nós, porém com ela surgem algumas questões sociais, como as criminais.

As questões criminais criam para o Estado o direito de punir em concreto, e para alcançar esse objetivo existem mecanismos e procedimentos mediante os quais os fatos serão investigados e punidos, surgindo então, a polícia judiciária, que por meio dos procedimentos que lhe são inerentes, destacando-se o Inquérito Policial inicia-se a investigação preliminar, buscando autor e materialidade delitiva.

Com o transcorrer da pesquisa acerca do Inquérito, percebeu-se que ele se trata de um procedimento pré-processual destinado à formação da *opinio delict* do Ministério Público, dando-lhes suporte para proporem a ação perante o juízo competente.

Viu-se a finalidade e as características do Inquérito Policial, na visão de renomados doutrinadores, características essas que são premissas de efetividade e que garantem os direitos constitucionais do investigado.

Analisou-se, a seguir, a utilização das peças do Inquérito Policial nos autos processuais. Tais provas produzidas nessa fase possuem suas peculiaridades, pois podem ser repetíveis ou irrepetíveis. As provas repetíveis devem ser confirmadas em juízo, de modo que isso garante que o acusado exerça seu direito de contraditório e ampla defesa. Entretanto, a respeito das provas irrepetíveis, que não podem ser refeitas no decorrer do processo há controvérsias.

Veja que daí surgem os problemas e divergências, pois mesmo com a reforma no Código de Processo Penal, o Inquérito continua com sua natureza inquisitiva, sem a observância dos princípios apontados. Para que ele deixe de ser inquisitório e passe a ter valor probatório de fato, seria necessária uma reforma urgente, de modo que a legislação se adapte ao novo sistema constitucional, beneficiando a sociedade, acusado e também a própria justiça.

O entendimento majoritário é de que as provas colhidas nessa fase podem, em consonância com as demais produzidas em juízo, corroborar para compor o convencimento do julgador, porém, outros em minoria, discordam, afirmando que o convencimento do Magistrado deve ser formado mediante as provas colhidas em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, prevalecendo sempre os direitos constitucionais do acusado.

Na visão dos defensores da utilização das peças do inquérito nas sentenças, ele deixa de ser, na prática, base para a ação penal e passam a ser útil dentro do processo, o que faz com que fatalmente os atos ali produzidos sejam apreciados e valorados, sem a importante observância dos princípios do contraditório e ampla defesa

De todo modo, as produzidas durante a investigação criminal influenciam no momento em que o julgador prola sua sentença, e se essas provas estiverem contaminadas, podem contaminar também o entendimento do julgador, e as sentenças derivadas dessas provas carecem de garantias fundamentais, restando apenas a verdade formal, deixando de lado a verdade material.

Portanto, pode-se considerar a necessidade da exclusão física das peças do inquérito, que para Aury Lopes Jr, seria a melhor situação, pois evitaria a contaminação psíquica do Magistrado. Aury baseia-se no fato de que o convencimento do juiz é livre, e se os elementos colhidos na fase investigatória estiverem nos autos, o juiz de maneira consciente ou inconsciente poderá utilizá-los como argumento nas decisões, mesmo que não os mencione.

Logo em seguida vimos os princípios constitucionais tão mencionados durante o presente trabalho, o do contraditório e o da ampla defesa. Falamos sobre a importância que cada um deles traz ao devido processo legal, para a utilização das provas de maneira adequada. Também questionando a existência ou não desses princípios durante a fase de Inquérito Policial.

Por fim, em meio às considerações finais, diante de todo o estudo apresentado, tornou-se importante mencionar que tais divergências doutrinárias e de aplicabilidade nas decisões judiciais são inúteis, pois o nosso sistema Penal brasileiro trabalha de maneira interligada, o que é muito importante para o resultado final. Mais importante do que discordar acerca de valoração ou não de provas produzidas durante o inquérito ou na fase judicial, é ver o judiciário funcionando em conjunto e harmonia, de modo que todos sejam beneficiados, sem injustiças na prestação do serviço público à sociedade. A estrada ainda é longa, mas com a união do sistema e a inteligência dos prestadores do serviço público judiciário, o melhor caminho será alcançado.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva 2006.

FERNADES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5 ed. São Paulo: RT, 2007.

GIL, Fernando. **Modos da Verdade**. Disponível em: < https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/41693/1/Modos_da_verdade.pdf. Acesso em 02 set. 2017.

GUSTAFSON, Jessica. **O novo CPP encontra-se em fase de revisão**. Disponível em: < <http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=35855>. Acesso em 03 set. 2017.

LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade com a Constituição**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. ; GLOECKNER Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2013.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. **Surgimento do inquérito policial**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=156>. Acesso em: 17 maio 2010.

PINTOS Jr, Acir Céspedes. **O princípio do contraditório no inquérito policial**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8560>. Acesso em : 01 set. 2017.

SILVA Jr, José Mendes da . **Características do inquérito policial**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9806/Caracteristicas-do-inquerito-policial>>. Acesso em : 01 set. 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIANA, Jorge Candido. **Qual a finalidade do inquérito policial**. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=891>. Acesso em 01 set. 2017.