

UTILIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL COMO PROVA NA PROLAÇÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Jussana Gabrieli Machado¹, Helio Miguel Schauren Junior²

Resumo: O instituto do inquérito policial é procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária, a qual busca apurar autoria e materialidade da infração penal por meio de diligências e colheita de elementos informativos. Assim, este artigo objetiva analisar o inquérito policial como prova fundamental na prolação de sentença condenatória, assim como as possibilidades dessa utilização frente aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do livre convencimento do juiz. Trata-se de pesquisa qualitativa, utilizando o método dedutivo e procedimento técnico bibliográfico e documental. Inicialmente, tece-se perspectiva geral do inquérito policial na persecução penal brasileira. Posteriormente, aborda-se o inquérito policial no condão constitucional, examinando a aplicação de princípios penais garantidos pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Penal. Finalmente, faz-se a análise da função do inquérito policial, assim como a influência e utilização dessa peça na decisão do julgador em sede de sentença penal. Após as análises, verificou-se a necessidade de amparo mais efetivo ao investigado na fase inicial.

Palavras-chave: Inquérito policial. Contraditório e ampla defesa. Livre convencimento do juiz.

1 INTRODUÇÃO

É por meio da persecução criminal que o Estado satisfaz sua pretensão punitiva, integrando a parte mais forte na relação pré-processual e processual penal, possuindo poder, estrutura organizada e instrumentos aptos a captar provas em desfavor do autor da infração penal.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a persecução seria o caminho utilizado pelo Estado para a apuração e julgamento do fato delituoso e de sua autoria, sendo ela dividida em investigação criminal e ação penal.

Assim, é objetivo deste artigo analisar o inquérito policial como prova fundamental na prolação de sentença condenatória, assim como as possibilidades dessa utilização frente aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do livre convencimento do juiz. O problema a ser estudado é: quando o inquérito policial poderá ser utilizado na prolação de sentença condenatória? Entende-se que é plausível a utilização dos elementos informativos colhidos na fase pré-processual pela sua necessidade no próprio andamento e coerência do processo penal. Contudo, é importante salientar que é considerada inconstitucional a decisão baseada exclusivamente em inquérito policial, visto que essa fase preparatória não está amparada pelos princípios constitucionais indispensáveis durante a ação penal para a condenação justa.

1 Acadêmica do Curso de Direito no Centro Universitário UNIVATES. jussana_gm@hotmail.com

2 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário UNIVATES. Mestre em Direito. Oficial da Brigada Militar de Lajeado. schaturen@univates.br.

A pesquisa é qualitativa, segundo Mezzaroba e Monteiro (2009), pois procura-se atingir a identificação da natureza e da dimensão do tema a ser investigado, contextualizando o inquérito policial, sua função na persecução penal e, principalmente, analisando as possibilidades de sua utilização como prova para a condenação do acusado. Já o método utilizado para o desenvolvimento do artigo acadêmico é o dedutivo e os instrumentais técnicos equivalem ao uso de material bibliográfico, jurisprudência e dispositivos de lei.

Diante disso, inicialmente, tece-se perspectiva geral sobre o inquérito policial e sua função no processo de persecução penal brasileira. Posteriormente, são trazidas as garantias constitucionais atinentes ao tema, esclarecendo os entendimentos doutrinários que buscam contextualizar o princípio do contraditório e da ampla defesa no âmbito da investigação preliminar realizada pela polícia judiciária. Por fim, direciona-se a análise ao encerramento da persecução penal, momento em que se discute a viabilidade de o juiz lançar mão dos elementos informativos colhidos na fase policial e, fundamentado neles, condenar ou absolver o réu, à luz do princípio do livre convencimento do juiz.

2 INQUÉRITO POLICIAL

O direito à segurança pública é garantido mediante implementação de políticas públicas e assegurado pela Constituição Federal de 1988, conforme preceitua seu art. 144, ou seja, o Estado tem o dever de manter e utilizar mecanismos para oferecer segurança pública. Conforme Nucci (2014, p. 98), “cabe aos órgãos constituídos das polícias federal e civil conduzir as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas e formar o inquérito, que servirá de base de sustentação a uma futura ação penal”. Isso significa que a persecução penal se inicia por intermédio dessa investigação criminal, momento em que o Estado junta elementos para acusar e punir. Nesse sentido, Rangel (2014, p. 71) esclarece que a investigação “tem o caráter de evitar a instauração de uma persecução penal infundada por parte do Ministério Público diante do fundamento do processo penal, que é a instrumentalidade e o garantismo penal”.

Nesse contexto, salienta-se a importância do levantamento de elementos informativos na fase pré-processual, sendo este o momento inicial que olvida as probabilidades da ocorrência criminal. É a partir do inquérito que se tem a possibilidade de iniciar a ação penal, além de evitá-la toda vez que não se comprovem os indícios de autoria e materialidade.

Ademais, cabe às polícias civil e federal a tarefa de elaborar o inquérito em sua determinada competência, estadual ou federal – conforme estabelecido pela Lei 12.830/2013, no art. 1º, em que a investigação criminal é conduzida pelo delegado de polícia, assim como o art. 2º, que descreve as funções da polícia judiciária de natureza jurídica exclusiva do Estado –, que tem como finalidade investigar as infrações penais e apurar a autoria, para que o titular da ação disponha de elementos para ingressar com ação penal em juízo, sendo este o primeiro momento da atividade repressiva do Estado (TOURINHO FILHO, 2013). Conforme Pacelli (2014, p. 328), “por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional”.

Cabe ressaltar, no entanto, a atuação do Ministério Público no que concerne ao controle externo da polícia judiciária, pois é para aquele órgão que o inquérito policial é enviado após a colheita dos elementos informativos:

verifica-se que o papel institucional do Ministério Público não significa ingerência nos assuntos *interna corporis* da polícia, muito menos subordinação desta ao *Parquet*, mas, sim, controle da legalidade dos atos praticados no inquérito policial e/ou diligências realizadas visando à instauração deste (RANGEL, 2014, p. 104).

Em síntese, o Estado se vale do inquérito policial, por meio da atuação da polícia, para iniciar a persecução penal. Diante dessa afirmativa, Tourinho Filho (2014, p. 268) declara que “cabe à Autoridade Policial proceder a uma investigação com bastante discricção e, uma vez havendo um *fumus boni juris* (aparência de bom direito) da *delatio*, instaurar inquérito”, lembrando que não se admite *delatio criminis* em crimes em que a ação penal esteja condicionada à representação.

O procedimento pré-processual, segundo Garcia (2007, p. 7), constitui-se em “peça informativa, compreendendo o conjunto de diligências realizadas pela autoridade para apuração do fato e a descoberta da autoria. Relaciona-se com o verbo inquirir, que significa perguntar, indagar, procurar averiguar os fatos como ocorreram e qual o seu autor”.

Explica Nucci (2008, p. 144) que “o inquérito é um meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo da investigação evitando-se o indesejável erro judiciário”. Ou seja, o Estado, valendo-se do procedimento de inquérito policial, busca investigar a verdade dos fatos, partindo de um estado de inocência até um estado de suspeito.

A partir dessas noções, há de se falar em formas de iniciação do procedimento preparatório, as quais Nucci (2008, p. 151) classifica em cinco modos:

- a) **de ofício**, quando a autoridade policial, tomando conhecimento da prática de uma infração penal de ação pública incondicionada, instaura investigação para verificar a existência do crime ou da convenção penal e sua autoria;
- b) **por provocação do ofendido**, quando a pessoa que teve o bem jurídico lesado reclama a atuação da autoridade;
- c) **por declaração de terceiro**, quando qualquer pessoa do povo leva ao conhecimento da autoridade policial a ocorrência de uma infração penal de iniciativa do Ministério Público, *delatio criminis*;
- d) **por requisição da autoridade competente**, quando o juiz ou promotor de justiça (ou procurador da república) exigir legalmente que a investigação policial se realize, porque há provas suficientes para tanto;
- e) **pela lavratura do auto de prisão em flagrante**, nos casos em que o agente é encontrado em qualquer das situações descritas no artigo 302 do Código de Processo Penal.

Por outro viés, é importante destacar a possibilidade de oferecimento da denúncia sem prévio inquérito policial, ou seja, quando o Ministério Público possuir peças informativas que possibilitem a formação da denúncia e viabilizem o exercício da ação penal, pode este órgão promover ação penal de pronto, diante da previsão expressa no art. 39, § 5º, do Código de Processo Penal: “O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que habilitem a promover a ação penal, e neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 dias”.

Em síntese, sendo o inquérito policial procedimento de características próprias, como discricionário, informativo e dispensável, tem como real finalidade a colheita e preparação de elementos necessários que tornem possível ao titular da ação penal, privada ou pública, a descrição correta na denúncia ou queixa. Outrossim, o inquérito policial pode ser propício a demonstrar inexistência de materialidade do fato ou inocência do indiciado, o que induzirá ao arquivamento da peça, conforme entendimento do Ministério Público e do juiz.

3 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Dentre as garantias fundamentais instituídas pela Constituição Federal de 1988, os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos no art. 5º, inc. LV: “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". Nesse contexto, passamos a analisar um a um.

3.1 Princípio do contraditório

Além da Constituição Federal de 1988 abordar expressamente em seu texto esse princípio, cabe ressaltar que já era assegurado pela Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu art. 8º, I, define: "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial [...]". Essa Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26/05/1992, originando o Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Ademais, tendo em vista a previsão do contraditório como princípio constitucional, examina-se seu conceito e demais peculiaridades, pois, conforme Capez (2010), é no momento do contraditório que as partes têm o direito de produzir suas provas e sustentar suas razões, mas também de vê-las apreciadas pelo órgão jurisdicional.

O uso do princípio do contraditório quer dizer que o adversário tem o direito de se manifestar de todas as alegações fáticas ou apresentações de prova feitas por uma das partes, com isso ocorrendo equilíbrio na relação entre a pretensão punitiva do Estado e o direito de manutenção do estado de inocência do acusado (NUCCI, 2014), em uma espécie de bilateralidade. Sobre essa possibilidade de um fato possuir dois ângulos, explica Capez (2010, p. 63):

A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias. O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-Juiz, equidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto. Por isso, o princípio é identificado na doutrina pelo binômio ciência e participação.

Contemplando anteriores entendimentos, pode-se dizer que o contraditório é o direito de comunicação dos atos processuais e possibilidade de manifestação.

Nesse sentido, o contraditório não é apenas dizer e contradizer sobre matéria controvertida, não é apenas o debate que as partes realizam no processo sobre a relação de direito material, mas, principalmente, é a igualdade de oportunidade no processo, priorizando igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei, conforme explica Gonçalves (apud RANGEL, 2014).

Em tese, o princípio do contraditório decorre de duas regras importantes: a igualdade processual e a liberdade processual, que são a faculdade que o acusado tem de nomear o advogado que quiser e apresentar provas que considerar pertinentes e necessárias (TOURINHO FILHO, 2013).

Em uma abordagem voltada à fase pré-processual, pode-se afirmar que esse princípio não está intimamente ligado com o inquérito policial, tendo em vista o caráter sigiloso do procedimento. Conforme se discute, ao advogado são assegurados pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil o manuseio e a obtenção de cópias do inquérito, sendo somente liberados para análises os procedimentos já feitos e findos, com o intuito de não prejudicar o levantamento de elementos que comprovem a materialidade e a autoria.

Nesse contexto, se o princípio do contraditório tem as incumbências determinadas acima, pode-se dizer que ele não tem influência na fase pré-processual, tendo em vista que nem todos os procedimentos são acessados pela defesa do indiciado. Diante disso, o contraditório se insere no processo penal e o acompanha até a sentença final, assegurando-se o direito do acusado de conhecer cada momento do processo em que está inserido como réu e a possibilidade do direito de defesa.

3.2 Princípio da ampla defesa

Cabe ao Estado assegurar ao hipossuficiente todas as formas de defesa, cujo princípio da ampla defesa vem assegurado em nossa Carta Magna, possibilitando ao acusado utilizar meios para se defender. Ademais, considerando que o Estado é sempre o mais forte na relação jurídica, agindo com órgãos constituídos, valendo-se de informações e dados, merece o réu tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura como compensação devida pela força estatal (NUCCI, 2014).

Para Capez (2010, p. 63), a ampla defesa “[...] implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor)”, acrescentando o de prestar assistência jurídica integral e gratuita a quem necessitar, a partir de preceito constitucional no art. 5º, inc. LXXIV. Nesse sentido, também reforça Pacelli (2014, p. 47), referindo que “a ampla defesa realiza-se por meio de defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado”, acrescentando que, “enquanto o contraditório exige a garantia da participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado” (p. 45).

Considerando o processo penal num todo, é plausível a constatação de que é indispensável a ampla defesa em todos os atos do processo acusatório, tendo em vista a disparidade na relação do acusado com o Estado, órgão assegurador da justiça. Portanto, é possível utilizar como exemplo de indispensabilidade da ampla defesa o art. 261 do Código de Processo Penal (CPP), que demonstra a impossibilidade de estar em juízo sem defensor, tampouco ser condenado sem o crivo do contraditório e ampla defesa: “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Quanto à atuação da defesa no inquérito policial, Lopes Junior (2013, p. 236) explica que “diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente axógena, através do exercício do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa fora do inquérito policial”. Diante dessa perspectiva, diz-se que no inquérito existe a possibilidade de solicitar diligências nos limites do art. 14 do CPP; logo, é errado dizer que não há nenhuma defesa na fase pré-processual.

Por fim, a partir dessas noções sobre o contraditório e a ampla defesa, pode-se indagar: esses princípios constitucionais devem estar assegurados no momento do inquérito policial?

4 O INQUÉRITO POLICIAL COMO PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA SOB A ÓTICA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Nesta seção, o objetivo é, inicialmente, discorrer sobre a influência, a importância e a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase preparatória de investigação criminal considerando a natureza informativa do inquérito policial, para depois examinar o livre convencimento do juiz e a utilização do inquérito policial como prova para condenação.

4.1 A relação do inquérito policial com os princípios do contraditório e da ampla defesa

O inquérito é o suporte probatório pelo qual repousa a imputação penal feita pelo Ministério Público e esta deve ser comprovada em juízo sob pena de absolvição sumária, conforme hipóteses previstas no art. 386 do CPP (RANGEL, 2014). Lopes Junior (2010, p. 299) alerta que, “por não observar os incisos LIII, LIV, LV e LVI do art. 5º e o inc. IX do art. 93 da Constituição Federal, bem como o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, o inquérito policial jamais poderá gerar elementos de convicção valoráveis à sentença para justificar uma condenação”. Realmente,

é impossível que atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção de órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença penal.

Contudo, o primeiro doutrinador destaca que não há como se falar em princípio do contraditório na fase preparatória, visto que o operador do direito percebe que, sendo um procedimento administrativo, com escopo de apurar prática de fato dito como infração penal, não se fala no princípio do contraditório, pois o indiciado não está sendo acusado de nada, apenas figura como objeto de investigação. Acrescenta que o princípio da verdade processual é fundamental para a administração da justiça, devendo ser compatível e harmonioso com o contraditório, “pois não pode haver verdade ouvindo somente uma das partes” (RANGEL, 2014, p. 79).

Por outro viés, o contraditório na fase preliminar seria útil,

na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente a informar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público por ocasião da instauração da investigação (PACELLI, 2014, p. 56).

Ao mesmo tempo em que se fala na utilidade do contraditório na fase preparatória, com o intuito de evitar ações penais com intervenção da defesa, repara-se que o inquérito policial já acontece para que o Ministério Público tenha elementos suficientes para acusar ou não. Então, ocorrendo a possibilidade de defesa no inquérito, assim como é assegurado no processo penal, haveria mais probabilidade de impunidade, tendo em vista a real posição do indiciado como objeto da investigação, e não como acusado do delito.

Há quem entenda que o inquérito tenha valor probatório. Capez (2010, p. 118) afirma que o inquérito “tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito”.

Por sua vez, Tourinho Filho (2014, p. 76) afirma que “todos sabemos que não se admite decreto condenatório respaldado, exclusivamente, nas provas apuradas na etapa pré-processual. A autoridade policial não acusa; investiga. [...] Se assim é, parece-nos não ter sentido estender o instituto do contraditório ao inquérito, em que não há acusação”.

No que tange à ampla defesa, Tourinho Filho (2014, p. 76-77) complementa que “o indiciado possui direito ao *habeas corpus* sempre que se achar ameaçado de sofrer violência ou coação na sua liberdade de locomoção”. Nesse contexto, o Estatuto de Advocacia confere ao advogado o direito de examinar os autos de inquérito em repartição policial, mesmo sem procuração, e, no entendimento de Nucci (2010, p. 339), “o contraditório se manifesta – não na sua planitude – no inquérito policial através da garantia de ‘acesso’ aos autos do inquérito”.

Nesse sentido, fundamenta-se com ementa do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO AMPARADO EM PROVAS PRODUZIDAS EXCLUSIVAMENTE NA FASE INQUISITORIAL. NULIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A função do inquérito é fornecer elementos tendentes à abertura da ação penal, a exemplo do que reza o art. 12 do Código de Processo Penal: ‘O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra’. 2. A prova, para que tenha valor, deve ser feita perante juiz competente, com as garantias de direito conferidas aos indiciados e de acordo com as prescrições estabelecidas na lei. É trabalho da acusação transformar os elementos do inquérito em elementos de convicção do

juiz. O processo é judicial, e não é policial. Isso significa que a sentença condenatória há, sobretudo, de se fundar nos elementos de convicção da fase judicial. 3. Ordem concedida a fim de restabelecer a sentença absolutória (*Habeas Corpus* nº 148.140-RS (2009/0184111-1), Sexta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Celso Limongi. Julgado em 07/04/2011, publicado em 25/04/2011).

Desse modo, salienta Lopes Júnior (2010, p. 320) que pode:

[...] o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando versão dos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. Ainda, terá possibilidade de postular diligências e juntar documentos (artigo 14 do Código de Processo Penal). Por fim poderá exercer a defesa exógena, através de *habeas corpus* e do mandado de segurança.

Destarte, tendo em vista os conceitos e posicionamentos anteriormente analisados, é possível ver pequena existência do direito de defesa no inquérito policial, embora distante de ser comparada à fase do processo penal em si. Desse modo, a posição majoritária dos autores abordados é de que o contraditório não aparece no inquérito policial, o qual é ato relacionado à investigação de fatos – e não ato de prova –, servindo apenas para embasar medidas a serem adotadas no momento de justificar o processo ou o não-processo. Portanto, deve ser rechaçada a ideia de utilizar o inquérito como fundamentação na sentença penal condenatória, pois não tem natureza condenatória e não corrobora com os princípios constitucionais indispensáveis para a condenação criminal justa.

4.2 O livre convencimento do juiz e a utilização do inquérito policial como prova para condenação

Antes da alteração trazida pela Lei 11.690/2008, o princípio do livre convencimento do juiz e a utilização do inquérito policial como prova eram abordados na antiga redação do Art. 157 do CPP da seguinte forma: “O juiz formará sua convicção com a livre apreciação da prova”. Diante disso, entendia-se que o juiz tinha total liberdade para julgar a ação penal conforme sua convicção, pois o artigo não trazia nenhuma especificação. Desse modo, o princípio do livre convencimento era abordado de forma muito ampla, possibilitando liberdade no julgamento da ação penal.

Inserido nessa concepção, o princípio do livre convencimento definido por Pacelli (2014, p. 340) seria: “o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente”. Porém, no entender desse estudioso, a Lei 11.690/2008 impede o magistrado de fundamentar a condenação em material colhido unicamente na fase de investigação, com exceção de provas antecipadas e não receptíveis.

Posteriormente, veio a alteração do art. 155 do Código de Processo Penal, que busca fundamentar e organizar a atuação do juiz frente ao princípio do livre convencimento dispondo de forma mais restrita: “Artigo 155 - O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não receptíveis e antecipadas”.

Analisando o artigo 155 do CPP, Rangel (2014, p. 80) explica: “a palavra *exclusivamente* não pode autorizar o intérprete a pensar que, se há provas no inquérito policial e há provas no curso do processo, o juiz possa fundamentar sua sentença com base nas duas fases (policial e judicial)”.

Ainda, Lopes Junior (2010, p. 304) ressalta:

Quando o artigo 155 afirma que o juiz não pode fundamentar sua decisão 'exclusivamente' com base no inquérito policial, está mantendo aberta a possibilidade (absurda) de os juízes seguirem utilizando o inquérito policial, desde que também invoquem algum elemento probatório no processo.

Diante desse entendimento, fica visível a possibilidade de autorização legal para que os juízes e tribunais utilizem o inquérito policial para fundamentar condenações, violando garantia do contraditório.

Contudo, Lopes Junior (2010, p. 260) entende que a atuação do juiz na fase pré-processual deve ser limitada, aduzindo que "o perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito dos direitos fundamentais".

Quanto aos elementos informativos colhidos na fase preparatória, Rangel (2014) é claro em seu posicionamento, defendendo a impossibilidade de utilizar provas colhidas no inquérito policial, afirmando a necessidade de haver provas colhidas sob o crivo do contraditório judicial, e que, se forem provas do inquérito, terão de ser corroboradas em juízo.

Em oposição, Garcia (2007, p. 10) refere que "tratando-se de inquérito bem elaborado, com os atos investigatórios realizados sem falhas ou omissões, o Juiz poderá basear-se em peças procedimentais da fase policial, desde que estas não estejam em frontal contradição com as provas colhidas na instrução".

O juiz possui a faculdade de formar seu convencimento e motivar seu entendimento e decisões tomadas ao longo do processo, segundo Nucci (2014), fundamentado pelo art. 93, IX, da Constituição, que refere que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade", juntando-se com o Código de Processo Penal, arts. 155, *caput*, e 381, III, este dispondo que a sentença conterà a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão do magistrado.

Portanto, será priorizado o artigo 93, IX, da Constituição Federal, pois é indispensável que seja feito julgamento baseado em provas concretas, com decisão fundamentada.

Ainda, quanto à formação do convencimento do juiz, Tourinho Filho (2014, p. 67) descreve sua atuação no sentido de que

confere-se ao juiz inteira liberdade na apreciação das provas, conquanto fundamente sua decisão. Ele só pode proferir uma decisão com fundamento em prova colhida sob o crivo do contraditório, nada o impedindo de reforçar seu entendimento respaldado em provas cautelares não receptíveis e antecipadas.

As provas urgentes colhidas em sede de inquérito policial que acompanham a ação penal são de muita importância para que não se inicie nenhum processo penal sem que ao menos se tenha algum tipo de prova contundente.

Nucci (2014, p. 97) traz entendimento necessário à análise: "Além de segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou perturbação irresistível". Nesse condão, Pacelli (2014, p. 56) posiciona-se de forma peculiar quanto às provas perecíveis e indaga: "Por que a não participação da defesa, desde logo, na elaboração do laudo técnico?". Nesse sentido, entende o autor que "o contraditório já deveria ser realizado, e o quanto antes, particularmente para aquelas hipóteses em que o objeto da perícia (corpo de delito) corra o risco de perecimento no tempo ou de alteração substancial de suas características mais relevantes" (p. 56).

Assim, entende-se que as provas perecíveis colhidas no inquérito policial são necessárias, pois o Estado não pode fazer acusações levianas. Em contraponto, no momento de colheita de provas perecíveis o indiciado está sem defesa, permanecendo a força do Estado. Não se vê amparo ao indiciado, tampouco resguardo no caso de possível inocência. Portanto, resta visível a inaplicabilidade dos elementos informativos colhidos durante o inquérito policial na sentença penal condenatória. Ademais, não se pode dizer sobre a existência real desses princípios constitucionais em sede de inquérito policial, o que impossibilita o juiz de utilizar livremente o princípio do livre convencimento do juiz.

Em síntese, entende-se que não é possível, ao final da persecução penal, condenar o acusado com base no inquérito policial, devido à ausência dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase policial, sendo importante a utilização das provas periciais impreterivelmente colhidas na fase de inquérito e únicas no processo. Porém, tendo em vista o art. 155 do CPP não é totalmente vedado utilizar as provas produzidas no inquérito para condenar, só não se admite que seja a condenação com base exclusiva nesse procedimento.

5 CONCLUSÃO

Em âmbito estadual, a polícia civil busca investigar o delito, possibilitando ao *parquet* a propositura de ação penal fundamentada e consubstanciada em fatos que ocorreram no delito criminal, reiterando que o Estado é a parte mais forte por comportar a polícia e todos os instrumentos necessários para apuração do crime.

Ao certo, pode-se afirmar que, apesar de serem assegurados direitos fundamentais pela Constituição Federal, não são garantidos ao investigado os princípios do contraditório e da ampla defesa. Diante disso, ele não dispõe de meios efetivos de defesa quanto ao indiciamento feito pela polícia, visto que o investigado figura simplesmente como objeto da investigação em disponibilidade do Estado. Nesse sentido, ele se mostra como a parte hipossuficiente na relação com o Estado, pois este está no domínio da situação em relação àquele, restando ao demandado estar à mercê de todas as inconveniências de um procedimento investigativo, sem possibilidades de revidar de forma igualitária.

Observando essa situação, entende-se que deveria ocorrer no procedimento policial a presença mais marcante do contraditório e da ampla defesa, propiciando-se ao investigado defender-se de determinadas imputações, impedindo a demanda judicial temerária, consubstanciada na ação penal.

É necessário afirmar que a possibilidade de defesa do indiciado, de forma a contrapor cada imputação que lhe é feita, seria uma maneira mais justa, tendo em vista que o inquérito policial é importante não só para descobrir a autoria e a materialidade do delito, mas também para dar à sociedade uma resposta necessária no controle de criminalidade.

É no momento da realização de diligências que o inquérito policial toma sua forma, agindo o delegado com poder discricionário, ou seja, decidindo e criando estratégias para apuração do delito e realizando ou não as diligências requeridas. Ademais, é nesse sentido que se discute a importância das provas periciais apuradas em sede de inquérito policial e que acompanham a persecução penal até o fim.

A persecução penal é o caminho para a apuração do delito e que posteriormente permitirá que a sentença determine o deslinde do feito, condenando ou absolvendo, conforme o caso. Contudo, na primeira etapa da persecução, ou seja, na investigação criminal, o princípio do contraditório não está presente da mesma forma que na ação penal, o que deveria impedir completamente o uso do inquérito policial como fundamentação da sentença penal condenatória. Porém, entende-se que o

art. 155 do CPP deixa uma brecha, admitindo ao julgador utilizar as provas obtidas por meio do inquérito, para fundamentar sua decisão final, simplesmente fazendo menção de que não o utilize exclusivamente, o que afrontaria a Constituição Federal.

É nesse sentido a pergunta que norteou o estudo: afinal, o inquérito policial teria a função de levantar informações sobre indícios de autoria e materialidade do delito, para contribuir na propositura da ação penal ou o inquérito serviria para acompanhar e fundamentar toda a persecução criminal? Assim, entende-se que a hipótese inicial de utilização do inquérito policial não se configura, tendo em vista que, sendo a Constituição Federal, para todos os efeitos, a norma maior, que deverá ser respeitada impreterivelmente e de forma íntegra, seria inadequado fundamentar a sentença penal condenatória com base em procedimento que sequer possibilitou defesa contundente ao sujeito quando indiciado.

Portanto, desmembradas as nuances principais do inquérito policial inserido na persecução penal e comparado aos princípios constitucionais, entende-se a necessidade de um amparo mais efetivo ao investigado na fase pré-processual. O inquérito policial tem natureza e procedimento diferentes da ação penal. É nesse sentido que o art. 155 do CPP determina que a condenação não seja fundamentada com base exclusiva no inquérito policial. Diante disso, ao não possibilitar o contraditório e a ampla defesa em sede de inquérito policial, corre-se o risco de realizar condenação injusta, porém também se corre o risco de deixar o criminoso impune se for possibilitado ao investigado total defesa em sede de investigação preliminar.

Por fim, diante da dificuldade de se inserir um novo sistema de persecução penal e buscando atender às previsões constitucionais, as quais regem o sistema jurídico brasileiro, entende-se que resta inviável a utilização do inquérito policial para fundamentar a sentença penal, claro, ressaltando as provas urgentes e não receptíveis, as quais, impreterivelmente, fazem toda a diferença na convicção final do juiz sentenciador.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 14 ago. 2014.
- BRASIL. Código de Processo Penal. In: **Vade Mecum**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 583-693.
- BRASIL. Constituição Federal. In: **Vade Mecum**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 3-133.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Crime. Habeas Corpus nº 148.140/RS. Impetrante: Luiz Alfredo Schutz (Defensor Público). Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Márcio Rodrigues Portes da Silva. Relator: Celso Limongi. Brasília, 07 abr. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19100516/habeas-corpus-hc-148140-rs-2009-0184111-1/inteiro-teor-19100517>>. Acesso em: 27 ago. 2014.
- BRASIL. Decreto nº 678, 06 de novembro de 1992. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2014.
- BRASIL. Lei 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 04 jun. 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Ismar G. **Procedimento Policial: Inquérito e termo circunstanciado**. 11. ed. Goiânia: AB, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Processual Penal**. 22. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.