

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós Graduação em Direito

Fábio Presoti Passos

**A PARTICIPAÇÃO DO INVESTIGADO NA INSTRUÇÃO PRELIMINAR COMO
MANIFESTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Belo Horizonte

2012

Fábio Presoti Passos

**A PARTICIPAÇÃO DO INVESTIGADO NA INSTRUÇÃO PRELIMINAR COMO
MANIFESTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para o título de Mestre em Direito Processual na linha de pesquisa O Processo na construção do Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques.

Belo Horizonte
2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P289p	Passos, Fábio Presoti A participação do investigado na instrução preliminar como manifestação dos direitos fundamentais / Fábio Presoti Passos. Belo Horizonte, 2012. 121 f. Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Bibliografia 1. Direitos fundamentais. 2. Instrução (Direito). 3. Presunções (Direito). I. Marques, Leonardo Augusto Marinho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. CDU: 343.123.1
-------	---

Fábio Presoti Passos

**A PARTICIPAÇÃO DO INVESTIGADO NA INSTRUÇÃO PRELIMINAR COMO
MANIFESTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para o título de Mestre em Direito Processual na linha de pesquisa O Processo na construção do Estado Democrático de Direito.

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (Orientador) PUC Minas
<http://lattes.cnpq.br/5388381867392010>

Profa. Dra. Flaviane Magalhães de Barros PUC Minas
<http://lattes.cnpq.br/1159840059123495>

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto (UFMG)
<http://lattes.cnpq.br/0274220523119291>

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2012.

*A meus pais e à Thais,
pelo incentivo e carinho.*

"Onde não se discute, alguém exerce o poder, implícita ou explicitamente. Onde não se critica ou questiona, tudo vira artigo de aceitação passiva". (INCONTRI, p. 122)

RESUMO

A pesquisa analisou a participação do investigado na instrução preliminar, bem como a despreocupação com sua proteção em virtude da ideologia repressiva adotada pelo Código de Processo Penal de 1941 com fortes resquícios autoritários até os dias de hoje. A pesquisa avaliou a necessidade da adequação da instrução preliminar ao processo constitucional acusatório como meio de romper com a equação interesse social em contraposição ao interesse individual do investigado, minimizando a tutela dos direitos fundamentais. Necessário se faz a análise da instrução preliminar frente ao processo constitucional acusatório, uma vez que a fase preliminar tem sido desvirtuada com a realização de atos que não são de sua competência, bem como transformada em verdadeira fase de exaurimento de minúcias objetos da investigação, mascarando-a com a realização de meios de provas irrepetíveis e afastando-a de seu caráter sumário. Apesar de não se tratar da fase processual, havendo necessidade de produzir meio de prova irrepetível, deve ser garantida a participação do investigado com a instauração do incidente probatório, possibilitando ao investigado participar da formação dos elementos de convicção.

Palavras-chave: Instrução preliminar. Participação do investigado. Antecipação de meios de provas. Irrepetibilidade. Incidente probatório. Contraditório e ampla defesa.

ABSTRACT

The survey analyzed how fundamental rights are manifested in preliminary instruction, as well as the lack of concern with its protection under the repressive ideology adopted by the Code of Criminal Procedure of 1941 which remains a bit authoritarian until the present day. The research analyzed the need for adequacy of preliminary instruction to the constitutional process libelous as a way to break with the equation of social interest opposed to the individual interest of the investigated, minimizing the protection of fundamental rights. It is necessary to analyze the preliminary instruction against the constitutional process libelous, once the preliminary stage has been discontinued with the completion of acts that are not within its competence, as well as transformed into a true level of depletion of all aspects and detailed objects of investigation, masking it with unrepeatable evidences, moving away from its summary character. Although not being a process, it must be observed in preliminary instruction its procedural safeguards, when there is the need of production of unrepeatable evidences, since typically legal activity will be anticipated at this stage.

Keywords: Primary instruction. Fundamental rights. Sources of evidences. Means of evidence. Uniqueness. Reciprocity and complementarity of rights. Constitutional process libelous.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 INSTRUÇÃO PRELIMINAR.....	19
2.1 Terminologia	19
2.2 Origem da Instrução Preliminar no Brasil	20
2.3 Instrução Preliminar no Brasil: o Inquérito Policial	22
2.3.1 <i>Tradição inquisitorial e a inclusão do investigado na formação do conhecimento.....</i>	<i>30</i>
2.3.2 <i>Características da instrução preliminar</i>	<i>36</i>
2.4 Valor cognitivo.....	41
2.5 Atos de cognição sumária e atos de cognição plenária.....	43
2.6 O juiz frente à instrução preliminar	51
2.6.1 <i>Projetos de Lei 156/2009 e 8.045/2010</i>	<i>53</i>
3 A MANIFESTAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA PRODUÇÃO DE MEIOS DE PROVAS IRREPETÍVEIS	60
4 DA SUPERAÇÃO DA TRADIÇÃO INQUISITORIAL NA INSTRUÇÃO PRELIMINAR.....	76
4.1 Inteligência do artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988	76
4.2 Antecipação de meios de provas no contexto do Processo Constitucional Acusatório	79
4.3 Forma de captação de meios de provas irrepetíveis.....	87
5 CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

A dissertação analisa a possibilidade da participação do investigado na instrução preliminar brasileira. A instrução preliminar é momento de suma importância para a existência ou não do processo, uma vez que trata-se de procedimento preparatório ao processo e o que for produzido preliminarmente será determinante para a fase processual. Na fase preliminar protege-se também os direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa quando da urgência na realização de meios de provas irrepetíveis. Verifica-se que os direitos em uma perspectiva coletiva convivem em harmonia com os direitos na perspectiva do investigado.

Analisa-se de que forma se manifestam os direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa na instrução preliminar e a despreocupação com a tutela dos direitos fundamentais como resultante da ideologia repressiva adotada no Código de Processo Penal de 1941.

Transcorridas sete décadas da entrada em vigor da legislação processual brasileira, inúmeras mudanças ocorreram no ordenamento jurídico como um todo, regimes autoritários iniciaram e terminaram e a instrução preliminar continua sendo interpretada nos mesmos moldes autoritários que ensejaram sua manutenção na legislação em vigor, sob o argumento de ser o modelo mais adequado e eficiente à realidade e às grandes dimensões territoriais de nosso país.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal não esconde seu espírito punitivo e protetor de direitos sociais em detrimento dos direitos individuais, ressaltando a importância de uma legislação com maior eficiência e energia à ação repressiva do Estado contra os que delinquem.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a instrução preliminar seguiu à risca essa ideologia repressiva. Em nome do interesse público, todas as diligências policiais são justificadas como necessárias para a apuração dos indícios de autoria e de materialidade de um delito. Como a instrução preliminar não reconhece o investigado como sujeito de direitos, a política de segurança se sobrepõe à garantir contraditório e ampla defesa.

Felizmente o momento político atual é bastante diferente, no entanto, a legislação continua a mesma, o que exige do intérprete uma leitura constitucionalizada da instrução preliminar, pois todos aqueles que se sujeitarem a alguma manifestação de poder estatal devem estar amparados constitucionalmente. A Constituição de 1988 rompeu definitivamente com a ideologia repressiva que orientou a legislação processual penal.

Para a adequação da instrução preliminar ao processo constitucional acusatório, necessário romper com a equação interesse social em contrapartida ao interesse individual, o que minimiza o contraditório e ampla defesa na instrução preliminar. Ainda, importante identificar se contraditório e ampla defesa reclamam proteção no curso da investigação e conscientizar sobre a necessidade de se adequar a instrução preliminar ao Estado Democrático de Direito e ao processo constitucional acusatório com a criação de um incidente probatório.

Atualmente não há que se sustentar a prevalência do interesse público sobre o individual, reflexo do remoto interesse público sobre o privado. No atual Estado Democrático de Direito há que se buscar um espaço de proteção dos direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa em verdadeira relação de reciprocidade e complementaridade entre a perspectiva coletiva e a perspectiva individualizada dos direitos fundamentais, pois muitas vezes se produz na instrução preliminar meios de provas sem a participação do investigado, sendo que essas provas serão utilizadas na fase processual em razão de sua irrepetibilidade. É inadmissível a produção de provas sem a participação dos seus possíveis destinatários, pois se assim o fosse, os princípios do contraditório e da ampla restariam afastados.

Nessa investigação, serão acentuados os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários da instrução preliminar e sua relação com a proteção dos direitos fundamentais do contraditório e ampla defesa em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Ainda, para melhor compreensão do assunto, utilizaremos das lições de Elio Fazzalari, com a obra Instituições de Direito Processual, uma vez que no Estado Democrático de Direito o conhecimento é construído em conjunto com a participação dos possíveis afetados pelo provimento estatal.

A instrução preliminar é fase preparatória à processual, pois é ela quem fornece elementos para o Ministério Público oferecer denúncia e subsídios para o início da ação penal. A partir da instrução preliminar é que a ação penal tem seu início e é ela quem aponta os elementos para o início da fase processual, bem como toda a produção probatória que ali será realizada.

Nesta nova lógica que se firma entre a instrução preliminar e a tutela dos direitos fundamentais, entram em destaques diversos temas como o reconhecimento do investigado como sujeito de direitos, o direito ao contraditório e à defesa, o sigilo de determinados atos de investigação, o acesso do investigado aos atos que não precisam ser submetidos ao sigilo, a intimidade do investigado, a eficácia probatória e o alcance dos atos de investigação e dos meios de provas.

Apesar de ser fase preparatória à processual, as garantias do contraditório e da ampla defesa devem manifestar-se nessa fase quando realizadas provas irrepetíveis, sob pena de violação a direitos fundamentais. A discursividade é que garante a construção de um provimento estatal participativo. Através da dialogicidade é que a manifestação estatal terá legitimidade. O direito ao efetivo discurso lógico-argumentativo entre os interessados deve sempre ser assegurado, garantindo-se, assim, a dialogicidade necessária entre os interlocutores do procedimento. Os procedimentos previstos nas normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Constituição, tendo o contraditório e a ampla defesa condições de princípios inseridos na estrutura dos procedimentos que preparam o provimento estatal.

Sempre que houver a necessidade da realização de provas que poderá perecer no tempo deve ser assegurada a discursividade entre a autoridade policial e o investigado ou indiciado. Contraditório e ampla defesa dão equilíbrio de forças entre o Estado e aquele contra o qual exerce suas atividades que pode ser dar na esfera legislativa, judiciária ou executiva.

A instrução preliminar serve para o apontamento de fontes de provas, no entanto, poderá haver a necessidade da produção de meios de provas não repetíveis. Existem também os meios de provas repetíveis, que são aqueles que são passíveis de serem realizadas em juízo, e, conseqüentemente, não devem ser realizados na instrução preliminar, visto que os mesmos serão realizados em juízo, cabendo à instrução preliminar somente apurar elementos mínimos indicativos de autoria e materialidade. No entanto, eventualmente poderá haver a necessidade de antecipação de meios de provas durante a instrução preliminar; existindo na fase preliminar a realização de típico ato processual, ato esse que deveria ser realizado em momento futuro, com as garantias¹ processuais. O fundamento da participação do investigado é a realização de meios de provas irrepetíveis que deverá ser realizado por meio do incidente probatório.

O modelo inquisitório é mantido até os dias de hoje em virtude do seu sucesso para o êxito das investigações. Sustenta-se a vantagem e a praticidade da investigação inquisitiva, pois, se fosse contraditória, tal como o processo, poderia não apresentar resultado útil, pela preocupação de se ter um ato dificultado pela interveniência de terceiros e malfadado ao insucesso. O investigado continua sendo visto e tratado como mero objeto da investigação, com o afastamento da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa independentemente da autoridade policial estar realizando ato de investigação ou ato de prova.

¹ “Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.” (CANOTILHO, 1993, p. 520)

Necessário se faz a análise da instrução preliminar frente ao processo constitucional acusatório, uma vez que a investigação tem sido desvirtuada de sua finalidade com a realização de atos que não são de sua competência, bem como transformada em verdadeira fase de exaurimento de todos os aspectos e minúcias objetos da investigação, convertendo-a em fase de realização de meios de provas sem a participação do investigado.

2 INSTRUÇÃO PRELIMINAR

2.1 Terminologia

Importante destacar a terminologia que será utilizada no presente trabalho, uma vez que o inquérito policial é uma espécie de instrução preliminar.

Na abordagem de assuntos relacionados ao inquérito policial, muitas vezes são utilizadas diferentes terminologias de forma indiscriminada, como instrução preliminar, investigação preliminar, inquérito policial, investigação policial, dentre outras que fazem referência à fase pré-processual, sem se preocupar com suas distinções.

No Brasil, a fase que antecede a ação penal recebe o nome de inquérito policial, nos termos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), Livro I, Título II, regulamentado nos artigos quarto ao vigésimo terceiro.

A tentativa de uma denominação adequada para a atividade que antecede à fase processual levou legisladores de diversos países a adotar diferentes terminologias para abordar a fase pré-processual. O legislador brasileiro denominou essa fase de *inquérito policial* – fazendo referência ao órgão encarregado de conduzir a investigação, a autoridade policial –; em Portugal utiliza-se a terminologia *inquérito preliminar*; na Itália o legislador nomeou essa fase de *indagine preliminare*, o Código Processo Penal Modelo para Ibero-América emprega o termo *procedimento preparatório*. Fizemos referência apenas a algumas terminologias utilizadas para demonstrar que, apesar de se referirem à mesma fase, há variação de nomenclatura.

Diante da variedade de denominações para a atividade que diz respeito, em linhas gerais, às mesmas finalidades, surge a necessidade metodológica de utilizar uma mesma designação para tratar do assunto em apreço. A designação a ser empregada deverá ser suficientemente ampla para abranger todos os atos possivelmente praticados e, ao mesmo tempo, suficientemente precisa para atender a um mínimo de rigor científico. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 38)

A terminologia adotada ao longo do presente trabalho e que entendemos ser a mais adequada é instrução preliminar.

O primeiro vocábulo – instrução – vem do latim *instruere*, que significa ensinar, informar; fazendo alusão ao fundamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a busca de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a opinião do órgão acusador e justificar o futuro processo ou o não processo. Instrução faz referência ao

conjunto de conhecimentos adquiridos, no sentido de cognição, refletindo a existência de uma concatenação de atos logicamente organizados. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 38)

A utilização do termo instrução, ao invés de investigação, se dá pela maior abrangência do primeiro (pois pode referir-se tanto a uma atividade judicial – juiz instrutor – como também a uma atividade sumária – autoridade policial) e também porque poderia ser apontada uma incoerência lógica falar em investigação preliminar quando não existe uma investigação definitiva, ao passo que a uma instrução preliminar corresponde uma definitiva, levada a cabo na fase processual. Ao vocábulo instrução deve-se acrescentar outro – preliminar – para não confundir com a instrução que será realizada na fase processual, apontando, ainda, o caráter prévio com que se realiza a instrução, deixando bem evidente sua situação cronológica. O vocábulo preliminar vem do latim – prefixo *pre* (antes) e *liminaris* (algo que antecede, de porta de entrada) – deixando em evidência seu caráter de “porta de entrada” do processo penal. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 38)

A utilização da terminologia inquérito policial é tradicional no Brasil, ficando o uso do termo instrução reservado à fase processual².

Não há o menor problema em utilizar o termo instrução antes da fase processual, desde que acompanhado do adjetivo preliminar, evitando eventuais confusões com a instrução que é realizada na fase processual.

A partir da apresentação dos termos utilizados, utilizaremos a terminologia instrução preliminar ao longo do trabalho, uma vez que, tecnicamente, é o termo mais preciso e abrangente, bem como abarca todos os modelos de investigação pré-processual, dentre elas, o inquérito policial.

2.2 Origem da Instrução Preliminar no Brasil

Angariar elementos e informações para preparar o processo não data de tempos atuais; a história mostra que a fase preliminar sempre se mostrou presente de alguma forma.

A instrução preliminar tem histórico longo, e ela se remete aproximadamente da Inquisição Européia, no século XII. A inquisição foi um meio utilizado pelos seguidores do

² Afirma Joaquim Canuto Mendes de Almeida que “instrução criminal é atividade de informar-se a autoridade sobre a infração, com todas as suas circunstâncias. Dela depende a imposição de pena ou a aplicação de medida de segurança, em seus aspectos positivos (condenação) e negativos (absolvição), e, então, se denomina instrução definitiva. Entretanto, dela depende, também, liminarmente, a sujeição ou não do indiciado à acusação e, nesse caso, se chama instrução provisória, ou preliminar ou, ainda, curtamente, instrução criminal, em sentido estrito”. (ALMEIDA, 1973, p. 191-192)

catolicismo para perseguir mouros, judeus e quaisquer outros hereges, que iriam na contramão da doutrina católica. (TORRES, 2000, p. 102)

O Tribunal do Santo Ofício influenciou a atual investigação secreta e de eficácia indiscutível para apurar práticas criminosas, tanto que essa influência perdura até os dias de hoje no Código de Processo Penal³, apesar do Tribunal não ter existido no Brasil.

As Ordenações Filipinas, além de não fazer distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária, também não falava do inquérito policial. O Livro I das Ordenações Filipinas tratava das atribuições dos alcaides e da maneira de escolhê-los.

Em 1821, período do Brasil colonial, a justiça estava ligada a Portugal e o príncipe regente D. Pedro foi quem criou os primeiros tribunais no país, consolidando a independência judiciária e política brasileira.

Em 1832 publicou-se no Brasil o primeiro Código de Processo Criminal, o Código Criminal do Império, no contexto do primeiro Código Penal do Império de 1830. O Código de Processo surgido em 1832 apenas traçava normas a respeito das funções dos Inspectores de Quarteirão, mas esses Inspectores não exerciam atividades de polícia judiciária. Embora houvesse vários dispositivos sobre o procedimento informativo, não se tratava do inquérito policial, com esse *nomen juris*.

Em 3 de dezembro de 1841 foi dada origem ao inquérito policial, não com este nome, que só seria regulamentado em 20 de setembro de 1871, com a lei número 2.033. A lei número 261 de 1841 impunha obrigações aos Chefes de Polícia como remeter todos os dados e provas colhidas sobre as investigações ao juízo competente, dando nítida característica de instrução preliminar, através do inquérito policial. Em 20 de setembro de 1871, houve a regularização da instrução preliminar, agora com o nome inquérito policial. A lei 2.033 de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo decreto número 4.824 de 22 de novembro de 1871 trazia imposições⁴ a serem cumpridas pelos chefes, delegados e subdelegados de polícia e utilizava a nomenclatura inquérito policial. (FREYESLEBEN, 1993, p. 58) Foi com a Lei número 2.033 que surgiu o inquérito policial com essa denominação, tendo o artigo 42⁵ o conceituado.

³ O artigo 20 do Código de Processo Penal diz que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

⁴ Art. 38. Os chefes, delegados e subdelegados de polícia, logo que, por qualquer meio lhes chegue a notícia de se ter praticado algum crime comum, procederão em seus distritos as diligências necessárias para verificação da existência do mesmo crime, descobrindo de todas as suas circunstâncias e dos delinquentes.

⁵ Art. 42. O Inquérito Policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices.

A Constituição de 1891 trouxe o federalismo e a descentralização de poder, surgindo a possibilidade de cada Estado ter o seu Código de Processo Penal.

A atual instrução preliminar brasileira, realizada através do inquérito policial, tem inspiração autoritária e é fruto do regime autoritário da época, sendo influenciada pelo fascista Código de Rocco.

Da entrada em vigor da atual legislação processual se passaram sete décadas, inúmeras mudanças ocorreram no ordenamento jurídico como um todo, regimes autoritários entraram e saíram e a instrução preliminar continua sendo lida e utilizada nos mesmo moldes autoritários do período de sua entrada em vigor.

Felizmente o momento político atual é bastante diferente, no entanto, a legislação é a mesma, o que nos impõe fazer uma leitura constitucionalizada do instituo ora em discussão, pois atualmente todos aqueles que possam ser atingidos por provimento estatal gozam de garantias asseguradas constitucionalmente.

2.3 Instrução Preliminar no Brasil: o Inquérito Policial

No Brasil, a instrução preliminar recebe o nome de inquérito policial. O Código de Processo Penal, em seu Livro I, Título II traz a regulamentação do inquérito policial do artigo 4º ao artigo 23. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 144⁶ determina quais órgãos são competentes para apurar infrações penais e reconheceu a função da polícia judiciária.

O sistema brasileiro de investigação, inquérito policial, faculta à polícia judiciária⁷ autonomia para conduzir toda a investigação, apurando os fatos e a suposta autoria. A polícia

⁶ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

[...]

IV - polícias civis;

[...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

[...]

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

[...]

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

⁷ Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

judiciária tem controle dos atos investigativos, tanto dos atos formais de condução da investigação como das fontes e dos meios de provas⁸ que julgar necessário indicar e realizar, decidindo quem são os supostos autores do fato delituoso, bem como quem será ouvido, acareado, indiciado, dentre outras atividades.

O termo *policial*, na investigação preliminar brasileira, é utilizado em virtude de ser toda a investigação conduzida pela autoridade policial, por isso do nome *inquérito policial*.

Na instrução preliminar brasileira a polícia judiciária não é um mero auxiliar, senão a titular dessa fase preliminar, com autonomia para dizer as formas e os meios empregados na investigação.

No sistema de instrução preliminar policial, é tarefa da polícia judiciária investigar os fatos e a suposta autoria narrados na *notitia criminis* ou através de qualquer outra fonte de informação, decidindo os rumos que irá tomar a investigação.

⁸ “Os meios de provas são lógicos-jurídicos, porque indicados na lei para que se possa, valendo-se de conhecimentos, dos sentidos e das técnicas de demonstração, por via do intelecto, verbal ou expressamente, transportar os elementos de prova encontrados na realidade objetiva para o bojo dos autos do processo. Os meios (métodos) de provas são, portanto, argumentos e arguições lógico-jurídicos aptos à demonstração lícita da existência de elementos suscetíveis de sensibilização ou compreensão concernentes a ato, fato, coisa, pessoa. A prova, como instituto criado pela lei, instiga, à sua conceituação, reflexão nas dimensões de espaço, tempo e forma, em que o espaço seria a condição de existência do elemento de prova, o tempo seria o meio de consciência da existência do elemento de prova e a forma seria o modo de concretização instrumental (verbal ou documental) pela síntese explicativa cautelarizada do meio e elemento de prova. [...] Exemplifica-se pelo instituto da perícia judicial que, como meio de prova autorizado em lei, há se de fazer, através de perito, pela coleta intelectual de elementos de prova existentes na realidade objetiva, sendo que o laudo é o instrumento (documento) expositivo do trabalho realizado. Outro exemplo é a testemunha que é elemento de prova e o seu testemunho é meio legal de prova. Por apego à didática, os autores costumam dizer que os elementos de prova são o objeto da prova e que a finalidade da prova é a formação da convicção do destinatário da prova ou do próprio agente da demonstração, o que suplicaria maiores esclarecimentos dos que assim preconizam. No estudo desse palpitante tema, pode-se conjecturar que a prova se opera num ciclo mutativo (metamorfósico) infundável em que os instrumentos de provas transformam-se em novos elementos de prova que, pela atuação dos meios de prova, produzem novos instrumentos de prova. Quando o elemento da prova é pessoa, transforma-se em meio expositor de novos elementos de prova que se instrumentam, e assim sucessivamente. [...] Prova em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova. A exemplificar, a perícia é um meio de prova para o exame de elementos de prova com elaboração final do laudo que é instrumento de prova.” (LEAL, 2010, p. 205-209) Fernando da Costa Tourinho Filho conceitua fonte de prova, meio de prova e elemento de prova. “Fonte de prova: entende-se por fonte de prova tudo quanto possa ministrar indicações úteis cujas comprovações sejam necessárias. Assim, a denúncia, embora não seja elemento ou meio de prova, é fonte desta, uma vez que contém indicações úteis, exigindo comprovação. Meio de prova: é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunhas, documentos, perícias etc. Elementos de prova: como tais de entendem todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do Juiz. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 237) O atual Código de Processo Penal faz menção a meios de prova apenas nos artigos 57 e 271. Já no projeto de lei 156/2009, utiliza-se a expressão meios de prova com maior frequência e no mesmo sentido que utilizamos no presente trabalho, conforme depreende-se do artigo 77, bem como do Capítulo II, do Título VIII, onde aponta como meios de provas a prova testemunhal (seção I); as declarações do ofendido (seção II); a inquirição de crianças de adolescentes (seção III); o reconhecimento de pessoas e coisas e acareação (seção IV); a prova pericial e o exame de corpo de delito (seção V) e a prova documental (seção VI). Ainda, no capítulo III traz disposições sobre meios de obtenção da prova, como a busca e apreensão, o acesso a informações sigilosas e a interceptação das comunicações telefônicas. O projeto utiliza também a expressão fontes de prova nos artigos 8º, 14 e 65, parágrafo único.

Apesar das inúmeras críticas ao inquérito policial, o principal argumento do legislador brasileiro de 1941 para justificar sua permanência, segundo o pensamento da época, era que aquele seria o modelo mais adequado e eficiente à realidade e às grandes dimensões territoriais de nosso país. Naquele momento, foi afastada a instrução preliminar judicial pela impossibilidade do juiz da instrução atuar de forma rápida nos mais remotos povoados, que, naquela época, exigiam vários dias de viagem. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 71)

A exposição de motivos do Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689 de 3 de outubro de 1941, justifica a importância do inquérito policial quando de sua promulgação:

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de ser mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

[...]

E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e privilegiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados.

[...]

IV – Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. [...] Pode ser mais

expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal transparece seu espírito punitivo e protetor de direitos sociais em detrimento dos direitos individuais, privilegiando esses em detrimento daqueles. Com a entrada em vigor da atual legislação, seu objetivo era implementar uma legislação que desse maior *eficiência e energia à ação repressiva do Estado contra os que delinquem*. Àquela época, sentia-se a necessidade de uma legislação unificada que desse respostas eficientes e enérgicas àqueles que infringissem a legislação material.

Ainda, a exposição de motivos disserta sobre a necessidade de alterar a legislação pretérita, pois ela era garantidora, utilizando uma nomenclatura atual, pois assegurava aos *réus* extenso rol de *garantias e favores*, o que fazia com que a repressão estatal fosse dificultada e tornasse *defeituosa e retardatária* e, conseqüentemente, com *indireto estímulo à criminalidade* decorrente da impunidade que poderia gerar. O eixo norteador fica bem evidente em seu texto, pois os *dispositivos do projeto tendem a fortalecer e privilegiar a atividade do Estado na sua função repressiva*.

O atual Código de Processo Penal veio com a premissa de abolir o interesse individual com a sobreposição do interesse e tutela social, valorizando essencialmente o subjetivo *bem comum*. A sobreposição da tutela social em desfavor do interesse individual deve ser abordada com excessiva cautela, uma vez que a legislação processual penal deve ser lida frente ao atual texto constitucional que preza por um admirável rol de direitos e garantias fundamentais, regulados no Título II e no Capítulo I, nomeados *direitos e deveres individuais e coletivos*.

A justificativa para sua manutenção deu-se em razão da necessidade do Estado manter em todo o território nacional um representante seu, no caso, o delegado de polícia, pois àquela época era praticamente impossível o Estado, na figura do juiz de direito, estar em todos os municípios do país, dada a dificuldade de locomoção e o baixo número de magistrados, dificuldades que inclusive perduram até os dias atuais. O inquérito policial foi mantido com o objetivo de que o Estado mantivesse um agente público para conduzir as investigações e realizar meios de provas, dando importância até mesmo à questão temporal para praticar seus atos.

O que também determinou o legislador de 1941 a manter o inquérito policial foi o imperativo de prevenir e garantir que os meios de provas do fato não ficassem tão expostos à ação deletéria do tempo.

Além da importância apresentada, a instrução preliminar tem a função de filtro contra acusações⁹ infundadas. Quando da elaboração da exposição de motivos o legislador já havia se atentado para essa importante função desempenhada pelo inquérito policial. Apesar de sua importância, pouca atenção se dá a ele como um meio de se evitar juízos precipitados e infundados com possíveis prejuízos irreparáveis ao investigado.

Segue abaixo trecho extraído da exposição de motivos do Código de Processo Penal, onde se vislumbra sua importância como filtro.

[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. [...] Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena. (Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941)

De indubitável importância é a atividade da polícia investigativa, uma vez que, na maioria das vezes, é ela quem tem o primeiro contato com o fato ocorrido e toma as primeiras medidas¹⁰ para a apuração da autoria¹¹. O texto constitucional é preciso em definir sua atividade, autorizando o exercício de *munus* de suma importância, pois, como a maioria dos processos são oriundos de investigações policiais¹², sua atuação será de grande relevância para o início da ação penal, uma vez que trata-se de fase preparatória. Eventuais falhas ou

⁹ O termo acusação foi utilizado em sentido amplo, podendo ser tanto a acusação mormente utilizada, ou seja, aquela em juízo, como o indiciamento do suspeito, ou seja, o indiciamento é uma forma de imputação em sentido amplo.

¹⁰ O artigo 6º do Código de Processo Penal, do inciso I ao inciso IX, elenca as medidas que a autoridade policial deve tomar quando do conhecimento da prática de infrações penais.

¹¹ Importante ressaltar que nem sempre a autoridade policial instaura o inquérito policial quando do recebimento da informação da prática de algum crime. Antes de ser instaurado, faz-se um juízo prévio para se ter uma ideia da viabilidade ou não da lavratura do mesmo, apesar de ferir a legislação processual, “[...] a obrigatoriedade de instauração do inquérito policial para todo e qualquer crime, embora seja um princípio legal, não é viável na prática, o que obriga os operadores do sistema de Justiça Criminal a desenvolverem critérios informais de seletividade que, logicamente, serão ilegais. Isto não pode ser entendido, porém, como uma falha, em face, por exemplo, das excessivas ocorrências registradas com tipificações legais que não teriam como ser acompanhadas até seus desfechos na Justiça”. (MISSE, 2010, p. 97)

¹² Nos termos do art. 5º do Código de Processo Penal, o inquérito será iniciado:

Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I – de ofício;

II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

desvios de finalidade durante a fase preliminar podem dar ensejo a prejuízos irreparáveis, seja com o início de um processo sem um mínimo de elementos de prova e até mesmo com o início da instrução preliminar precipitada, seja na situação de indiciado ou até mesmo na condição de suspeito. O só fato de existir uma instrução preliminar em desfavor de alguém já trás ônus, prejuízo esse semelhante ao de um processo iniciado sem justa causa¹³.

Para Aury Lopes Júnior permanecem três fundamentos que justificam a existência da instrução preliminar, que são a busca do fato oculto, salvaguarda da sociedade e evitar acusações infundadas. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 117)

Apesar da função¹⁴ atribuída legalmente à polícia judiciária, veemente críticas são atribuídas a ela. A instrução preliminar continua sendo utilizada com a mesma visão e leitura que faz com que se mantenha vivo o modelo inquisitorial.

Aury Lopes Júnior destaca sua insatisfação com o atual modelo de instrução preliminar, enfatizando ser um bom exemplo de investigação preliminar policial, inclusive porque reflete os graves problemas e desvantagens do sistema, a tal ponto que se pode falar em crise do inquérito policial e na urgente necessidade de modificações. Crise que se materializa nas imperfeições do nosso sistema e são de tal monta que sobre o inquérito policial só existe uma unanimidade: *não satisfaz ao titular da ação penal pública, tampouco à defesa e resulta pouca utilidade para o juiz, principalmente pela pouca qualidade e confiabilidade do material fornecido*. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 70)

Por ser procedimento inquisitivo e que vai de encontro aos princípios constitucionais e ao modelo acusatório¹⁵, a instrução preliminar carece de garantias mínimas para que aquilo

¹³ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

¹⁴ Atualmente consagra-se a expressão funções fundamentais do Estado, em substituição ao uso das expressões Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, pois essas estão assentadas na ideia tecnicamente superada da tripartição de poderes. Assim, sustenta-se a ideia de um único poder do Estado, que é exercido sobre os indivíduos, pelo exercício das suas três funções, ou seja, a jurídica, a executiva e a jurisdicional. A figura do Estado deve ser concebida como ordenação de várias funções que são atribuídas a órgãos diferenciados, segundo previsão constitucional. A atividade ou função é quem deve ser considerada repartida e não o poder do Estado. (BRÊTAS, 2004, p. 70) Para Rosemiro Pereira Leal a expressão poderes, largamente utilizada como unidades míticas de comandos que podem mais do que a lei, do que o sistema jurídico constitucionalmente criado, ou seja, acima de tudo e de todos, tornou-se arcaica com o advento do Estado moderno, porque, em face da atual democracia, a única fonte de poder é o povo. (LEAL, 2001, p. 125) Dentre os princípios fundamentais estruturadores do Estado Democrático de Direito, sobressai o princípio da democracia, segundo o qual todo poder emana do povo, sendo que ele é exercido diretamente, através do plebiscito, referendo e pela iniciativa popular ou diretamente, por meio de representantes que foram eleitos pelo povo, através de voto direto, secreto, universal e periódico. (BRÊTAS, 2006, p. 653)

¹⁵ “O princípio acusatório impõe aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante! Contra tudo e contra todos, se constitucional, devem os magistrados assegurar a ordem posta e, de consequência, os cidadãos individualmente tomados. À ordem de prevalência,

que ela produziu tenha validade em paridade com os atos realizados no processo e possa aqui ser utilizado, assim, seus atos devem ser analisados com parcimônia, não devendo sua utilização ultrapassar o juízo para imposição de medidas cautelares e preparar eventual processo.

O Brasil não conceituou a instrução preliminar, não existindo na legislação processual penal vigente um conceito legal do que seja inquérito policial. Apensar da ausência, confrontando o referido artigo 42 com as disposições legais existentes no Código de Processo Penal em vigor, chega-se à conclusão de que a função do inquérito policial resume-se àquela apresentada no extinto conceito legal. A partir da análise do Título II da legislação processual em vigor, encontra-se ao longo de seus artigos as atividades realizadas quando da instauração do inquérito policial e que o supracitado artigo havia sintetizado.

Instrução preliminar é a atividade coordenada pelo Estado com o fim de apurar a autoria e materialidade, tratando-se de fase preparatória.

Mesmo não havendo um conceito legal, necessário se faz analisar a natureza jurídica do inquérito policial, para melhor entender o instituto. Nesse momento abordaremos a instrução preliminar brasileira – inquérito policial – pelo exame de sua função, sua estrutura e o órgão encarregado de realizá-la. Na instrução preliminar brasileira são praticados atos de distintas naturezas. Quando falamos em natureza jurídica, levamos em conta seus atos predominantes. Nessa fase pode haver a necessidade de praticar atos em caráter de urgência mediante a intervenção do juiz, como a adoção de medidas restritiva de direitos, a decretação de prisão e a antecipação da realização de meios de provas. Além das prisões preventiva (artigo 311¹⁶) e temporária (Lei 7.960/89) que são medidas cautelares mais radicais que podem existir no curso da instrução preliminar, temos ainda a busca e apreensão (artigo 242¹⁷), o sequestro (artigo 127¹⁸), oitiva de testemunhas a qualquer tempo e a determinação de

nesta dimensão, não se tem muito o que discutir, mormente porque não há direito coletivo mais relevante que aqueles fundamentais dos cidadãos. Não se trata – há que se entender – de pregar ou impor um sistema processual em favor dos criminosos como, sem qualquer procedência, tem pregados os menos avisados, sempre adeptos à força, em geral à Lei e Ordem, desde que seja contra os outros, obviamente. O sistema acusatório não é e nunca foi sinônimo da impunidade, algo, por sinal, por que se reclama tanto do sistema atual. Trata-se – isso sim – de um sistema que realça o papel das partes – a começar por aquelas do juiz – não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual”. (COUTINHO, 2010, p. 15-17)

¹⁶ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

¹⁷ Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

¹⁸ Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

diligências de ofício (artigo 156¹⁹). Medidas essas que serão tomadas com fundamento naquilo que foi realizado na instrução preliminar, assim, merecendo atenção mais detida.

Falar em natureza jurídica de um instituto é enquadrá-lo dentro da ordem jurídica e sistemática vigente. Entendido que a instrução preliminar integra a realização de um dos atos praticados pelo Estado – atos administrativos –, identificaremos a sua correta colocação dentro da sistemática jurídica vigente. Sendo a instrução preliminar conduzida pela autoridade policial, que não é dotada da função jurisdicional, suas atividades e atribuições são distintas daquela.

A fase de investigação é realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Por isso, recebe o nome de fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinando-se à formação do convencimento do responsável pela acusação. Nessa fase o juiz deve permanecer afastado da qualidade da *prova* em curso, somente intervindo para garantir o risco de excessos da atividade investigativa, quando exercerá atos de natureza judicial. (OLIVEIRA, 2008, p. 41)

O fato de se tratar de fase que antecede à processual não quer dizer que deva ser deixado de lado os preceitos constitucionais²⁰, pelo contrário, os direitos fundamentais do investigado também devem ser preservados e a polícia judiciária deve zelar pelo seu cumprimento, uma vez que é ela a responsável pela condução das investigações, nos termos do art. 144 da Constituição brasileira²¹. A autoridade policial, o magistrado e o Ministério

¹⁹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

²⁰ A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autorizada a polícia judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto das investigações. (STF, HC 73271-2, Rel. Celso de Melo, DJU, 4.10.1996, p. 37100).

²¹ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

[...]

IV - polícias civis;

[...]

§ 1º - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

[...]

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

[...]

Público devem zelar para que a investigação seja conduzida de forma a evitar afrontas aos direitos do investigado.

Tratando-se de procedimento que antecede à fase processual, a instrução preliminar deve realizar o mínimo cognitivo possível, restringindo-se somente àqueles elementos indispensáveis para apurar o fato criminoso e subsidiar eventual oferecimento da denúncia, não adiantando meios de provas que devem ser realizados em juízo. As fontes de provas apontadas na fase preliminar servirão de orientação para a produção dos meios de provas na instrução do processo.

A instrução preliminar brasileira continua com a simplória ideia de servir apenas para apurar elementos para subsidiar a inicial acusatória, esquecendo-se que o só fato da existência de uma investigação traz ônus ao investigado. O seu conceito, finalidades e natureza jurídica são os mesmos de quando esse instituto entrou em vigor. Pouco de avançou sobre a sua interpretação e adequação com a atual Constituição e a tradição inquisitorial contribuiu para essa estagnação.

2.3.1 Tradição inquisitorial e a inclusão do investigado na formação do conhecimento

Analisar a incidência dos princípios constitucionais no âmbito da instrução preliminar brasileira, especialmente os princípios do contraditório e da ampla defesa, torna-se essencial para entender a necessidade de adequar a investigação aos preceitos de um processo constitucional acusatório.

Para essa análise, necessário se faz suplantarmos a cultura inquisitorial que continua dominando a instrução preliminar e adotar um modelo acusatório. Tendo em vista que uma das características da instrução preliminar é a inquisitorialidade, há enorme resistência em adequá-la ao modelo acusatório.

Para que se tenha uma eficaz instrução preliminar em consonância com o princípio da legalidade, necessário o Estado observar e não contrariar os princípios constitucionais. É preciso que o Código de Processo Penal esteja em harmonia com o texto constitucional e, havendo conflito entre eles, a Constituição deve preterir a qualquer outra norma vigente.

O modelo inquisitorial, regido pelo princípio inquisitivo, essencialmente consiste em fundir na figura do Estado a atividade persecutória e a atividade judicial, predominando uma

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

[...]

excessiva e grandiosa valoração de aspectos subjetivos, pois somente o inquisidor é dotado de capacidade sobre-humana, ficando a gestão da prova a seu cargo. O inquisidor atua como verdadeira parte, pois investiga, instrui, acusa e julga.

A instrução preliminar brasileira se amolda perfeitamente ao modelo inquisitorial. O delegado goza de discricionariedade na condução da investigação, sem a interferência de terceiros, atuando como verdadeiro ser superior e junto ao seu individualismo, aponta o direcionamento da investigação, as diligências a serem realizadas, aponta as fontes de provas e, muitas vezes, produz meios de provas sem a participação do investigado. A autoridade policial tenta manter o sigilo absoluto para o sucesso das investigações e busca a verdade incessantemente, em ato solitário e afastando por completo a discursividade.

A figura do inquisidor se assemelha com o exercício da atividade exercida pela polícia judiciária, uma vez que atua com discricionariedade, sigilo e afasta o contraditório e o direito de defesa. O delegado de polícia substituiu o antigo juiz inquisidor da atual instrução preliminar.

O modelo inquisitorial afasta a discursividade na busca do esclarecimento dos fatos. O Estado afasta-se por completo da imparcialidade, prevalecendo a supremacia da sua hipótese mental sobre os fatos, buscando meios de provas para confirmá-la.

Segundo Cordero, no modelo inquisitivo o agente estatal passa a ser o protagonista, não há contraditório, a investigação é realizada em segredo e se tem o investigado como objeto da investigação, não deixando de lado a tortura como um método clássico de obtenção da verdade. O inquisidor encontra-se em situação paranóica em busca da verdade, criando hipóteses que terão que ser sustentadas na apuração do crime. Aquele que exerce o ato de poder se sobrepõe àquela demanda e aos interessados. O investigado é visto como objeto que deve confessar e ser explorado a fundo. (CORDERO, 2000, p. 19-23)

No Estado Democrático de Direito o conhecimento é construído em conjunto e não imposto unilateralmente. A partir de uma compreensão democrática, aos afetados é garantida a participação na construção do provimento estatal, uma vez que o procedimento é um ato preparatório da manifestação de poder. (FAZZALARI, 1992)

A tradição inquisitorial mantém viva a inquisitorialidade da instrução preliminar que vai de encontro aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Necessária a adequação da instrução preliminar aos moldes do processo constitucional acusatório. A discursividade é elemento essencial na construção do conhecimento, assim, a fase preliminar deve se adequar ao modelo acusatório, orientado pelos princípios constitucionais.

Imperioso se faz o afastamento da tradição inquisitorial na instrução preliminar, revendo o modo como o Estado trata o investigado e a forma de controle e atuação estatal presente nas perseguições criminais contemporâneas, adequando-as aos princípios constitucionais e à estrutura acusatória.

A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, Pacto De San José Da Costa Rica, destacava a importância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, visando afastar qualquer autoritarismo estatal. A Constituição Federal de 1988 não hesitou em recebê-los, ao tratar dos mesmos princípios no artigo 5º, inciso LV, os quais se consubstanciam no entendimento de que todos os interessados em determinada demanda tem direito de ciência da imputação e de todos os meios de provas produzidos e, ainda, tem a prerrogativa de contrapô-los e participar do procedimento.

Tradicionalmente é entendido não ser possível o contraditório na instrução preliminar, por se tratar de procedimento não judicial, não há como conciliar interesses do investigado com a proteção que o Estado tem que imprimir à sociedade e à investigação. Ainda, sustenta-se que o inciso LV do artigo 5º da Constituição não deve ser aplicado ao inquérito, uma vez que não há referência expressa a ele e nessa fase não há que se falar em acusado.

O caso brasileiro é curioso na medida em que trabalha com um texto instrumental penal nascido durante um governo de exceção e inspirado em um modelo igualmente autoritário, onde o respeito às conquistas individuais contra o Estado não era exatamente o valor dominante. Nesse sentido é fácil concluir que, para o Código em vigor, a balança entre as visões *ex parte principi* e *ex parte populi* pende francamente para o primeiro flanco. (CHOUKR, 2001, p. 17)

No entanto, pouco se preocupa com as consequências da não participação do investigado na realização dos atos instrutórios. Atos esses que, na maioria das vezes, darão embasamento para o oferecimento da denúncia e servirão também como meio de prova para o processo.

O processo penal, e, particularmente o brasileiro neste momento de nossa história, não pode ser compreendido em seus fundamentos sem que se conheça a fundo a matriz constitucional que o sustenta que, pelos valores que adota, exige uma completa revisão do Código de Processo Penal, não apenas para a adequação formal deste àqueles primados, como pela necessidade de entronizar nos operadores do Direito a cultura democrática que deu vida a atual carta política.

Esta necessidade de remodelação transparece em todos os momentos do autoritário *codex* instrumental mas, com especial atenção, a fase prévia ao ajuizamento da ação penal está a clamar por mecanismos que deixem de tratar o suspeito como mero objeto da atividade estatal, inserindo nesta etapa da perseguição os meios necessários

para vivificar o grande valor que norteia as sociedades ditas civilizadas, o da dignidade da pessoa humana, ponto central de toda a metodologia constitucional contemporânea. (CHOUKR, 1999, p. 12-13)

Os princípios servem de norte para o intérprete, pois são postulados que necessariamente devem perpassar por todo o ordenamento jurídico. No Direito Processual Penal não é diferente, pois ele utiliza da mesma fonte, a Constituição; as garantias expostas pela Constituição devem ser absorvidas pelo processo penal e, conseqüentemente, pelos procedimentos que irão fornecer elementos para seu início ou de alguma forma irão preparar a fase processual.

A Constituição tem estrutura nitidamente acusatória, com clara divisão de atribuições, com o promovedor da ação penal pública de um lado, que tem ao seu dispor a polícia judiciária e o investigado de outro, todos eles resguardados de garantias advindas do texto constitucional e dos tratados internacionais onde o Brasil é signatário.

Luigi Ferrajoli apresenta distinção e conceituação sobre os modelos processuais inquisitório e acusatório:

[...] parece-me que no plano teórico a dicotomia “acusatório/inquisitório” pode utilmente designar uma dúplice alternativa: primeiramente aquela entre dois modelos opostos de organização judiciária e por conseguinte entre duas figuras de juiz; em segundo lugar aquela entre dois métodos igualmente contrapostos de investigação processual e, portanto, entre dois tipos de juízo. Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa. Está claro que aos dois modelos são associáveis sistemas diferentes de garantias, sejam orgânicas ou procedimentais: se o sistema acusatório favorece modelos de juiz popular e procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade, o sistema inquisitório tende a privilegiar estruturas judiciárias burocratizadas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz, compensados talvez pelos vínculos das provas legais e pela pluralidade dos graus de juízo (instâncias). (FERRAJOLI, 2010, p. 519-520)

O modelo acusatório caracteriza-se pela clara distinção entre as atividades de acusar e julgar e da iniciativa probatória. Aquele que tem a função de julgar deve manter-se como terceiro imparcial, alheio à realização da instrução preliminar e passivo no que se refere à indicação de fontes de provas; deve garantir tratamento igualitário dos interessados com

igualdade de oportunidades²²; contraditório e possibilidade de defesa; ausência de tarifação de meios de provas, dentre outras características. (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 58)

[...] trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo se sua fonte, a Igreja, é diabólica na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seriam assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido. (COUTINHO, 2001, p. 18)

O modelo acusatório não cria obstáculos à investigação, pelo contrário, ele garante a participação de todos que podem ser atingidos pelo ato de poder estatal, não podendo afastar o ponto de vista do investigado, devendo ser facultada sua participação.

Por meio da dialética, o conhecimento é construído e não mais imposto por um intérprete qualificado. Os interessados, em igualdade de condições, buscam a solução para o caso ora em discussão. Para Cordero, o modelo acusatório *es un espectáculo dialéctico*. (CORDERO, 2000, p. 86)

É função do Estado apurar toda notícia de infração penal com respeito à dignidade do investigado. Ao mesmo tempo em que o Estado tem a incumbência de coletar elementos indicativos de autoria e apurar a materialidade do crime, deve ser lembrado que para a legalidade da instrução preliminar, os direitos do investigado ou indiciado devem ser respeitados. A atuação estatal deve sempre estar balizada pelos princípios constitucionais. A Constituição deve nortear também a fase preparatória do processo, o que não se tem percebido atualmente, uma vez que há um enorme descompasso entre as práticas policiais e os preceitos constitucionais. Deve haver harmonia entre a investigação e as garantias do investigado, diferentemente do pensamento inquisitivo, onde sustenta a necessidade de sua manutenção para uma melhor eficiência das investigações.

Necessário se faz o afastamento do modelo inquisitório e avançar de fato para o modelo democrático, de cunho acusatório. A participação²³ do investigado não vai de

²² Para Aroldo Plínio Gonçalves “o contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no Processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Esse será a sua matéria, o seu conteúdo possível. O Contraditório é a igualdade de oportunidade no Processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.” (GONÇALVES, 1992, p. 127)

²³ Antônio Scarance Fernandes sintetiza que o direito à prova se manifesta através de vários direitos das partes, como: “a) direito de requerer a produção da prova; b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; d) direito a participar da produção da prova; e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; g) direito a que, realizada

encontro ao êxito das investigações, pelo contrário, assegura o cumprimento do texto constitucional dando maior legitimidade aos resultados obtidos.

O exercício da função estatal, como exercício de poder, deve ser regulado e limitado por processos discursivos.

O poder, não sendo mais personalizado em uma figura humana, possibilitou o surgimento do Estado Democrático de Direito, porque ele (o poder) passou a ser regulado por processos discursivos dentro da sociedade. Ocorre uma transformação significativa porque o poder passa a depender de consensos a serem obtidos não pelo decreto do soberano, mas pela confrontação dos diversos interesses dos sujeitos e grupos na sociedade. Esses sujeitos reivindicam a participação nos processos definidores dos limites do poder. Reivindicam a participação política para fixar as competências dos agentes de poder. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 118)

Mudanças legislativas nem sempre são suficientes se com ela não houver mudança de mentalidade daqueles que irão aplicá-los. A cultura inquisitorial ainda é forte no ordenamento jurídico brasileiro. A legislação processual conviveu muitas décadas com o modelo inquisitorial e a mudança causa repulsa. *É inegável que quando as “novas práticas” têm de conviver com as “velhas práticas”, cria-se um terreno fértil para a manutenção do status quo. Muda-se tudo, para continuar como sempre esteve.* (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 9-10)

Quando o Estado se nega a reconhecer no investigado o "outro" da relação persecutória, antes de proteger a cidadania da matriz acusatória, protege a si mesmo, fomentando a falecida estrutura inquisitiva e o autoritarismo que a sustenta. (CHOUKR, 1999, p. 12-13)

A partir de uma leitura constitucional, deve ser assegurada a participação do investigado na instrução preliminar. O modelo acusatório assegura a dialeticidade na construção do conhecimento, não devendo a instrução preliminar ficar condicionada exclusivamente aos conhecimentos da autoridade policial, em típica manifestação solitária de poder.

A atual instrução preliminar reproduz a inquisitorialidade, tendo em vista que ela forma culpa antecipada, monopoliza o conhecimento, concentra o resultado em atas e limita a atividade processual ao cognitivismo indireto, reproduzindo a lógica inquisitorial. No Estado Democrático não há que se falar em afastamento do investigado sob a farsa da proteção

a prova, possa manifestar-se a seu respeito; h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador”. (FERNANDES, 2000, p. 68-69)

social, uma vez que essa imposição retira por completo a finalidade discursiva de construção do conhecimento e, conseqüentemente, o ponto de vista do investigado.

2.3.2 Características da instrução preliminar

A instrução preliminar no Brasil é regida por características que precisam ser compreendidas para o entendimento do tema objeto de pesquisa. O inquérito policial é regido por um texto constitucional que visa ser garantista e assegurador de direitos e garantias que ele próprio considera como fundamentais. No entanto, fica nítido que a polícia judiciária tem objeção em fazer uma leitura constitucionalizada do inquérito policial e mantém as mesmas características desde a época de sua criação.

Nos termos do artigo 144, §1º da Constituição brasileira e do artigo 4º do Código de Processo Penal brasileiro²⁴, a polícia judiciária é dirigida pelo delegado de polícia de carreira. O delegado é o responsável pelo início²⁵, desenvolvimento²⁶ e conclusão²⁷ da investigação policial, que se dá através da instrução preliminar. Apesar do legislador ter conferido à

²⁴ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

²⁵ O inquérito policial poderá ser instaurado de ofício, nos termos do art. 5º, inciso I do Código de Processo Penal.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

²⁶ O artigo 6º do Código de Processo Penal apresenta rol exemplificativo sobre as medidas a serem tomadas pela autoridade policial assim que tiver conhecimento da prática de alguma infração penal.

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

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

IV - ouvir o ofendido;

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

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

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

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

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

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

²⁷ Art. 23. Ao fazer a remessa dos autos do inquérito ao juiz competente, a autoridade policial oficiará ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado.

autoridade policial discricionariedade no exercício de seu *munus*, sua atuação sempre deve ser balizada pelos princípios constitucionais.

A autoridade policial pode instaurar o inquérito sem qualquer provocação, sendo a instauração obrigatória diante da notícia de uma infração penal, não cabendo, nesse caso, juízo de discricionariedade, nos termos do artigo 5º, inciso I do Código de Processo Penal²⁸, ressalvados os casos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada²⁹.

Na instrução preliminar pode o delegado de polícia conduzi-la da forma que melhor lhe aprouver. O direcionamento que irá tomar das diligências a serem realizadas estão a seu cargo e a legislação processual deixa claro o poder que foi concedido ao delegado. O artigo 14³⁰ autoriza aos interessados requerer diligências junto ao delegado de polícia, no entanto, ele goza de discricionariedade para acatar ou não os requerimentos solicitados pelo indiciado ou pela vítima, prevalecendo seu juízo de conveniência e oportunidade quanto à relevância e necessidade de realização daquela medida requerida.

Se a autoridade policial se mostrar desidiosa no cumprimento das diligências de ofício recomendadas em lei, ou não der como conveniente ou oportuna alguma diligência, o interessado legítimo poderá requerer o que lhe parecer necessário ou útil, como, por exemplo, o apontamento de fontes de prova. A diligência será realizada, ou não, a juízo da autoridade, que pode e deve segundo prudente critério, indeferir pedidos protelatórios que tumultuem as investigações, ou manifestamente desnecessários, alheios à finalidade do inquérito. (SOUZA, 1980, p. 21-22)

A discricionariedade estatal não pode entrar em conflito com os preceitos de um Estado Democrático. Apesar de não existir hierarquia entre juízes, promotores e delegados, caso o juiz ou o promotor de justiça requirite ao delegado de polícia alguma diligência, o delegado estará obrigado a atendê-la, nos termos do disposto no artigo 13, inciso II do Código de Processo Penal³¹. Apesar da discricionariedade, deve obediência às requisições e à estrita

²⁸ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I - de ofício.

²⁹ § 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

[...]

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

³⁰ O artigo 14 do Código de Processo Penal faculta ao ofendido e ao indiciado requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade policial dentro do exercício discricionário de condução das investigações.

³¹ Art. 13. Incumbirá ainda à autoridade policial:

I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;

II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;

III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;

legalidade; discricionariedade de atuação funcional não pode significar arbitrariedade no exercício da atividade.

Ligado à discricionariedade está o sigilo das investigações. O sigilo é típica característica do modelo inquisitorial, uma vez que ele blinda o investigador de qualquer interveniência de terceiros.

O Código de Processo Penal determina que a *autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade*. Em duas situações temos a previsão de sigilo. A primeira delas quando for necessário ao bom andamento das investigações e seu êxito exigirem e a segunda quando o interesse social o exigir. O sigilo dos autos diz respeito ao conjunto de peças do inquérito policial, nos termos do artigo 9º do Código de Processo Penal.

Inicialmente há de se ressaltar a necessidade de separação entre o sigilo externo das investigações, que visa evitar a divulgação de informações essenciais da instrução preliminar ao público em geral, do sigilo interno, que impõe restrição de acesso aos autos ao investigado e/ou seu defensor constituído.

O sigilo interno da instrução preliminar diz respeito ao acesso limitado aos autos do procedimento tal como concebido no modelo inquisitivo de processo penal, configurando verdadeira restrição a que o investigado e mesmo seu defensor possam consultar o material produzido nessa fase. No direito processual penal brasileiro, o acesso ilimitado aos autos da investigação é dificultado por ser ela produzida unilateralmente por um órgão público e em razão da escassa previsão legal de efetiva participação da defesa técnica, mesmo nas situações de tolhimento da liberdade ou de outros direitos fundamentais e, sobretudo, pela própria cultura policialesca e inquisitiva que continua permeando a atual legislação processual brasileira. (CHOUKR, 2007, p. 84)

Não existe sigilo para o advogado no inquérito policial e não lhe pode ser negado o acesso às suas peças, nem ser negado o direito à extração de cópias ou fazer apontamentos. Esse entendimento tem suporte na Lei 8.906/94, artigo 7º, inciso XIV³² e Súmula Vinculante 14³³.

IV - representar acerca da prisão preventiva.

³² Lei 8.906/94 de 04 de julho de 1994.

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

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

³³ É direito do defensor, no interesse do representado, ter amplo acesso 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.

Apesar da necessidade do sigilo, temos o contraponto desse sigilo não poder acarretar restrição de direitos ao investigado, deve-se envidar esforços para que a instrução preliminar possa ter curso regular sem restrição e afastamento de direitos e garantias fundamentais, não havendo de se falar em procedimento secreto no dias atuais. Apesar de ser um procedimento de caráter eminentemente administrativo, ele não pode se afastar das garantias constitucionais.

O Código de Processo Penal regula que determina que a instrução preliminar brasileira deve ser sigilosa para o bom andamento das investigações, no entanto, outro aspecto precisa ser levando em conta, o sigilo externo, que é a obrigatoriedade do sigilo para a sociedade, visando a preservação do investigado, caminhando paralelamente com o princípio da presunção de inocência³⁴ e evitando-se juízos e condenações antecipadas. Assim, tratando-se de fase preliminar à processual, importante manter o sigilo das investigações à coletividade, ou seja, àqueles que não tenham interesse na investigação e nem serão afetados por ela.

O sigilo da investigação preliminar é o estritamente necessário ao êxito das investigações e à preservação da pessoa do investigado, visando resguardar aquele que é presumivelmente inocente³⁵. Objetiva-se o sigilo a terceiros estranhos à investigação e principalmente à imprensa, no intuito de evitar condenações antecipadas pela opinião pública.

Não há que se falar em sigilo absoluto das investigações, bem como daquilo que foi documentado nos autos da instrução preliminar. O sigilo externo deve servir como meio de preservação daquele que está sendo investigado, uma vez que, pode acontecer de não se conseguir apurar nem ao menos elementos mínimos indicativos de sua autoria e materialidade.

A autoridade policial pode, em princípio, proibir o acesso de qualquer pessoa aos autos do inquérito policial. O sigilo dos autos, contudo, não se estende ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e aos advogados, pois a Lei 8.906/94 e a súmula vinculante número 14 determinam que o advogado poderá examinar em qualquer repartição policial os autos do inquérito, mesmo sem procuração.

³⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a: [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

³⁵ Choukr faz importante observação sobre o afastamento do princípio na instrução preliminar. “Mas, entre nós, infelizmente para vingar a ideia de que o suspeito deve ser execrado publicamente antes mesmo de ser processado, numa clara derrocada do princípio da presunção de inocência que a duras penas ganhou dimensão jurídica entre nós, quanto mais a social, servindo de claro exemplo a lição de Foucault quando fala sobre o suplício dos condenados e sua exposição pública. (CHOUKR, 2001, p. 36; FOUCAULT, 1984, p. 11)

Apesar de sustentarmos a pesquisa no modelo acusatório, ou seja, em um modelo regido pelos princípios acusatórios e por um processo democrático, a instrução preliminar brasileira é um dos resquícios mais relevantes do modelo inquisitório que permanece no direito processual brasileiro.

Segundo Franco Cordero, *o sucesso do método inquisitorial é sua eficiência*, (CORDERO, 2000, p. 16-20), posição que sustentamos, pois não há mais nada que justifique a sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro.

Também como consequência da tradição inquisitorial, atualmente as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade e um de seus traços é a impossibilidade de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa³⁶. Evidencia-se a inquisitorialidade nos artigos 107³⁷ e 14³⁸ do Código de Processo Penal, onde, de forma expressa o legislador proibiu a arguição de suspeição da autoridade policial e permitiu a ela indeferir qualquer diligência requerida pelo ofendido ou indiciado, afastando sua participação nessa fase, assim, necessitando de interpretação conforme a Constituição ambos os artigos.

Se a autoridade policial tem o dever jurídico de instaurar o inquérito de ofício, isto é, sem provocação de quem quer que seja, salvo algumas exceções; se a autoridade policial tem poderes para empreender, com discricionariedade, todas as investigações necessárias à elucidação do fato e à descoberta do respectivo autor; se o indiciado não pode exigir sejam ouvidas tais ou quais testemunhas e nem tem direito, diante da autoridade policial, às diligências que, por acaso, julgue necessárias, mas, simplesmente, pode requerer sua realização e oitiva de testemunhas, ficando, contudo, o deferimento ao prudente arbítrio da autoridade policial, conclui-se pelo seu caráter inquisitivo. Se a instrução preliminar é eminentemente não contraditória, se por sua própria natureza, é sigilosa, podemos afirmar ser uma instrução preliminar inquisitiva por excelência. Nessa fase o indiciado não passa de simples objeto de investigação. Certo que a Constituição lhe assegura uma série de direitos, inclusive o de silenciar. Uma vez instaurado o inquérito, a autoridade policial o conduz à sua *causa*. Ora, o que empresta a uma investigação a matiz de inquisitorialidade é, dentre outros, não permitir o contraditório, a imposição do sigilo e não permitir o direito de defesa. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 259-260)

³⁶ Art. 5º. [...]

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.

³⁷ Art. 107. Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.

³⁸ Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Para Silva, não há que se invocar os princípios da instrução contraditória na fase preliminar, tendo em vista que a investigação com contraditório seria *verdadeira aberração, pois inutilizaria todo o esforço investigatório que a polícia deve realizar para a preparação da ação penal*. (SILVA, 1996, p. 610) Mais uma vez demonstrada a necessidade da permanência do modelo inquisitorial justificado pela sua eficiência. Prevalece na instrução preliminar o ranço da inquisitorialidade, sustentando-a, em suma, pela preocupação de não correr o risco de ser dificultada pela interferência de terceiros e malfadada ao insucesso.

Apesar de sua importância por ser fase preparatória à fase processual, a instrução preliminar não é imprescindível para a propositura da ação penal, pois, se os elementos que venham a fundamentar a inicial acusatória forem colhidos fora dela, não se exige a instauração da instrução preliminar, podendo ter por base, por exemplo, inquéritos não policiais e *notitia criminis*. No entanto, caso a instrução preliminar tenha servido de base para o oferecimento da denúncia, nos termos do artigo 12³⁹ do Código de Processo Penal, deverá acompanhá-la.

Necessário se faz adequar as características da instrução preliminar aos preceitos constitucionais, afastando-se a tradição inquisitorial e adequando-a às características do atual Estado Democrático de Direito.

2.4 Valor cognitivo

Um procedimento que tem como principal característica ser inquisitivo não pode ter o mesmo valor cognitivo como o processo judicial, assim, deve ser valorado com restrições e utilizado somente como fase preparatória da judicial.

Procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. (MELLO, 2005, p. 455)

O inquérito policial trabalha com indícios, ou seja, com elementos ou dados que poderão levar a outros elementos e dados que, no conjunto acabam por fornecer uma visão dos fatos, sem que tenha o caráter de prova. (SILVA JÚNIOR, 2000, p. 43)

Somente a fase judicial é que serve para produzir meios de provas relativos ao fato delituoso, pois a finalidade da fase preliminar é indicar fontes de prova para o Ministério Público subsidiar a acusação, bem como o juiz irá utilizá-la para receber ou rejeitar a denúncia. A instrução preliminar deve ater-se somente à produção de atos de investigação

³⁹ Art. 12. O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra.

(apontamento de fontes de provas) e não realizar meios de provas, uma vez que não é essa sua finalidade. Assim, necessário se faz analisar o valor dos atos que são produzidos nessa fase, uma vez que há divergência sobre a possibilidade ou não da instrução preliminar produzir meios de provas, em consequência, discute-se sobre o valor cognitivo dos seus atos realizados.

A instrução preliminar como um todo tem valor cognitivo relativo, uma vez que carece de confirmação de outros elementos colhidos durante a fase da instrução processual, não podendo o magistrado condenar o acusado baseado tão somente em elementos colhidos durante a fase investigativa.

A instrução preliminar tem o condão de ser um procedimento preparatório e prover elementos para o Ministério Público oferecer denúncia e dar início à ação penal. Os atos realizados na fase preliminar servem para subsidiar a inicial acusatória, no entanto, não se questiona que tipos de meios de provas devem e podem ser produzidos nesse momento.

Não se enfrenta o problema de ser a instrução preliminar inquisitiva e estar na contramão de diversos princípios constitucionais. Nos moldes atuais, a instrução preliminar afasta-se do contraditório e ampla defesa e se esquece que muitos dos meios de provas realizados nesse momento serão aproveitados na fase processual, tendo em vista a impossibilidade de sua reprodução em juízo (tais como os exames periciais, o exame de corpo de delito e as apreensões), aproveitando-se do referido meio de prova sem qualquer preocupação de como foram obtidos. Não sustentamos a não realização de meios de provas na fase preliminar quando demonstrada a urgência e necessidade⁴⁰, no entanto, quando forem realizados, que também respeitem as garantias constitucionais, uma vez que a instrução preliminar serve para indicar fontes de provas e não exaurir todos os meios de provas possíveis.

Tendo em vista que a instrução preliminar pode necessitar da realização de meios de provas em caráter de urgência que deveriam ser reservados à fase processual, deixa a instrução preliminar de ser um procedimento exclusivamente administrativo, uma vez que a produção de meios de provas tem caráter eminentemente judicial. Meios de provas esses que serão utilizados não somente como meio preparatório para o início da ação penal, mas também servirão ao processo, devendo a instrução preliminar ter como finalidade fornecer

⁴⁰ A produção antecipada de meios de provas pertence à classe das medidas de proteção da prova, pois visa assegurar provas técnicas ou testemunhais. Sem embargo, não é esta a única manifestação da função cautelar. As medidas cautelares patrimoniais têm como objeto garantir o pagamento do processo e/ou o ressarcimento dos prejuízos causados pelo delito, ou seja, basicamente assegurar a eficácia da sentença condenatória com relação às responsabilidades civis. Isso também contribui para manter a confiança no funcionamento da justiça. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 55)

elementos para que o Ministério Público possa oferecer denúncia, não servindo de fase de adiantamento de meios de provas.

2.5 Atos de cognição sumária e atos de cognição plenária

Pode-se dividir a instrução preliminar em sumária e plenária. A instrução sumária diz respeito à instrução em que há certa limitação na atividade persecutória, ou seja, é uma instrução mais enxuta e menos extensa. Na instrução sumária busca-se um juízo de probabilidade e não de certeza, pois essa certeza, se é que podemos falar em certeza, será buscada no curso da instrução em juízo e deverá ser apresentada na decisão judicial, assim, ficando reservada para o processo a instrução plenária.

Instrução plenária ou plena é aquela em que a instrução tem como finalidade a cognição em sua totalidade, conforme o próprio nome sugere, visando obter um juízo de certeza.

O objetivo da instrução preliminar não é exaurir todos os meios de provas possíveis para apurar a infração penal. Seu objetivo é apurar elementos mínimos que sustentem uma futura acusação que será promovida pelo Ministério Público. O local adequado para a produção de meios de provas é na instrução processual, lá sim devem ser esgotados todos os meios possíveis, pois não podem pairar dúvidas para condenação.

Aury Lopes Júnior é muito claro e preciso quando destaca a importância do uso da instrução preliminar como efetivamente fase sumária.

A investigação preliminar existe para ser sumária, atendendo à sua natureza instrumental, a serviço do processo, e não um fim em si mesma. Deve estar limitada ao imprescindível, já que se quer reservar para a fase processual o conhecimento de dados complementários, assim como a verificação exaustiva do anteriormente apurado, proporcionando ao julgador o convencimento da exatidão e certeza dos mesmos.

É inadmissível que a investigação preliminar seja ou converta-se em plenária, não só porque atrasa todo o processo, mas também porque tende a converter os meros atos de investigação – praticados muitas vezes sem segredo e sem qualquer contraditório – em atos de prova, transformando a fase processual num mero trâmite para valorar e sentenciar. O sistema plenário degenera o processo e a sua estrutura dialética, pois fulmina a igualdade de oportunidades e contraditório. Também causa a insatisfação geral pela sensação de repetição de atos, quando na verdade nunca deveriam ter sido produzidos na investigação preliminar, mas sim reservados para o processo. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 108-110)

A instrução preliminar serve para fornecer elementos mínimos e suficientes para o início da ação penal ou seu arquivamento, assim, a instrução preliminar serve para demonstrar um juízo de probabilidade e não de certeza que virá com a sentença.

A investigação sumária possui cognição limitada à verossimilhança, pois sua pretensão não ultrapassa o conhecimento do promotor de justiça. Sofre, adequadamente, limitações de ordem qualitativa e quantitativa. A limitação qualitativa, por sua vez, opera-se no plano horizontal, restringindo-se à busca do *fumus comissi delicti*, ou seja, da “fumaça do cometimento do delito”, isto é, qualitativamente no plano horizontal deve a investigação preliminar apenas averiguar se existem indícios mínimos de autoria e a prova da materialidade. No plano vertical a limitação qualitativa atua para, somente, conhecer os elementos jurídicos existentes no fato como *tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade*. Já a limitação *quantitativa* consiste em restrição temporal da investigação preliminar, devendo pautar-se na celeridade, inerente à própria proposta desta fase prévia. (PINHEIRO, 2008)

Na instrução preliminar não há necessidade de cognição plena e exaustiva. Essa desnecessidade está prevista no artigo 10, §2º do Código de Processo Penal⁴¹, segundo o qual, a autoridade policial pode indicar, no relatório, as testemunhas que não tiverem sido inquiridas, bastando apenas mencionar o endereço onde elas possam ser encontradas. Isso evita o inchaço da fase preliminar, com a produção de meios de provas que deverão ser repetidos em juízo, limitando-se essas testemunhas, muitas vezes, a ratificar o que foi dito junto à autoridade policial.

Não é raro trazer para a instrução sumária atos que deveriam ser realizados na fase processual, com o seu consequente desvio de finalidade. O desvirtuamento da instrução sumária atrasa o processo, pois se todos os meios de provas possíveis forem realizados nessa fase, a ação penal terá que esperar um tempo maior até que a autoridade policial os realize, causando grande insatisfação geral pela sensação de repetição desnecessária dos atos já realizados na instrução preliminar, quando nem deveriam ter sido produzidos. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 110)

A instrução preliminar tem sido transformada em verdadeira fase de exaurimento de aspectos e minúcias objetos da investigação, desvirtuando-a com a realização de meios de provas muitas vezes suficientes para a condenação do investigado desde logo, caso fosse possível.

Os atos realizados na instrução preliminar são distintos dos atos realizados na fase processual. Diferenças iniciais dizem respeito aos objetivos de cada um deles e aos motivos

⁴¹ Art. 10. [...]

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.

de suas existências. De forma exemplificativa, pode-se citar que os sujeitos que participam de cada uma das instruções são distintos; contraditório e ampla defesa são lidos de forma bastante diferenciada e continuam sendo afastados da fase preliminar em razão da inquisitorialidade ali existente.

As fontes de provas apontadas na instrução preliminar visam somente indicar subsídios indicativos de materialidade e autoria. Além desses objetivos, lamentavelmente os atos preliminares assumem muitas vezes a posição de cognição plenária, visando assegurar que esse meio de prova não pereça no tempo e corra o risco de não ser possível repeti-lo em juízo.

Na cognição sumária estão os atos de investigação que dizem respeito aos atos realizados na instrução preliminar com o único objetivo de coletar elementos para subsidiar futura manifestação do Ministério Público, seja com o oferecimento da denúncia, pedido de arquivamento ou pedido de novas diligências. Os atos de investigação servem para embasar possíveis medidas cautelares e também outras medidas que podem ser adotadas no curso da instrução preliminar, além de levar ao órgão acusador os elementos de informação colhidos. Como os objetivos dos atos de investigação estão restritos a serem utilizados somente na fase preliminar, tudo que for produzido não poderá ser valorado pelo julgador quando prolação da sentença. Na instrução preliminar podem ser adotadas uma série de medidas pela autoridade policial, dentre elas as de caráter pessoal, patrimonial ou probatória⁴².

A eficácia probatória dos atos produzidos na instrução preliminar mantém íntima relação com o objeto e o nível de cognição, sendo que na instrução plenária, a sentença também tomará por base os elementos obtidos na fase preliminar, restando para a fase processual apenas o controle formal de tudo que foi produzido em momento pretérito, já na instrução preliminar sumária, a valoração dos atos ali produzidos esgota-se com a admissão da acusação. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 138)

Características dos atos de provas: estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação; estão a serviço do processo e integram o processo penal; dirigem-se a formar um juízo de certeza – tutela de segurança; servem à sentença; exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação; são praticados ante o

⁴² “Sem embargo, devemos destacar que, apesar de “informativo”, os atos do inquérito servem de base para restringir a liberdade pessoal (através das prisões cautelares) e a disponibilidade de bens (medidas cautelares reais, como o arresto, sequestro etc.) Ora, se com base nos elementos do inquérito o juiz pode decidir sobre a liberdade e a disponibilidade de bens de uma pessoa, fica patente a sua importância! Ademais, por utilitarismo judicial e até mesmo contaminação inconsciente do julgador, os atos do inquérito podem adquirir uma transcendência valorativa incompatível com sua natureza. Outra situação importante é a urgência e a impossibilidade de repetição de um ato que, em regra, é repetível, v.g., uma prova testemunhal”. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 228)

juiz que julgará o processo. Características dos atos de investigação: não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese; estão a serviço da instrução preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos; servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza; não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidos; servem para a formação da *opinio delicti* do acusador; 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); também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais e outras restrições de caráter provisional; podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 138)

Tratando-se de procedimento preparatório para futura ação penal, não há que se falar em produção de meios de prova nesse momento, pois afastaríamos de sua finalidade caso houvesse interpretação contrária. Na instrução preliminar vige o juízo de provisoriedade, onde deve apenas apontar fontes de provas, fornecendo elementos para a produção dos meios de provas no processo.

Os meios de provas passíveis de serem repetidos ou renováveis na fase processual, caso venham a ser realizados na fase preliminar tem *valor meramente informativo*⁴³, ou seja, são meros atos de investigação e, conseqüentemente, não poderão servir para embasar eventual sentença condenatória. Vale ressaltar que esse meio de prova serve apenas para sustentar eventual sentença absolutória. (TOVO, 1999, p. 201).

A partir da distinção entre atos de provas e atos de investigação, é possível vislumbrar o porquê da limitação do valor cognitivo dos atos praticados na instrução preliminar⁴⁴.

⁴³ “Que ‘mera’ ou ‘simples’ informação é essa, de ‘insignificante importância’, como hipocritamente querem alguns, e que ‘pode ser dispensada’, como dizem outros, se chega a representar, nos Tribunais do Júri, nas Varas Criminais do juízo singular, nos fóruns interioranos e nas Varas Distritais, cerca de 100% do elemento de prova em que se fundamentam os processos penais? O inquérito policial, nos termos da lei processual penal, serve de base para a denúncia ou queixa. Base, como se sabe, é o sustentáculo sem o qual a estrutura cai ou pode ruir. Ou, como melhor esclarece o mestre Aurélio Buarque de Holanda ‘base é tudo que serve de fundamento; pilar; suporte; parte de um edifício que recebe as cargas de cima e as transmite para o solo.’ Ora, o que serve de base não pode ser algo simples, insignificante, sem valor. (MORAES, 1986, p. 299)

⁴⁴ A instrução preliminar tem abrangência limitada; Aury Lopes Júnior a distingue em limitação vertical e horizontal. No plano horizontal, a instrução preliminar está limitada a demonstrar simplesmente a probabilidade da existência do fato aparentemente punível bem como sua autoria. No entanto, essa limitação recai sobre o campo probatório. O que se busca é averiguar e comprovar o fato em grau de probabilidade e não exaurir todos os meios de provas possíveis. A antítese será a certeza fática, que deve ser reservada para a fase processual e valorada somente na sentença. Já no plano vertical está o direito, dizendo respeito aos elementos jurídicos referentes à existência do crime vistos a partir do seu conceito formal (fato típico, ilícito e culpável). A instrução preliminar tem por objetivo demonstrar a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade aparente, também em grau de probabilidade. A antítese será a certeza sobre todos esses elementos e está reservada para a fase processual, assim como no plano horizontal. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 185)

Tudo o que for produzido na instrução preliminar será considerado ato de investigação, de eficácia limitada, podendo ser utilizado pelo órgão acusador ou pelo juiz quando da necessidade de determinar medida restritiva.

Não é possível que a atividade realizada pela polícia judiciária substitua a atividade probatória judicial, pois naquela fase princípios constitucionais são mitigados, vigendo ainda o modelo inquisitorial, diferentemente da fase judicial.

*Os problemas detectados no inquérito estão unicamente relacionados com o que se convencionou chamar de "hipertrofia do inquérito policial", isto é, a concentração nesta fase de atos que deveriam ser praticados na etapa do processo criminal*⁴⁵. (GOMES; SCLiar, 2009) De limitado valor cognitivo, a instrução preliminar somente gera atos de investigação e de limitado valor probatório, pois destina-se exclusivamente a preparar o processo⁴⁶.

A proibição da utilização dos meios de provas produzidos nessa fase se dá em razão da forma como são produzidos, uma vez que na fase preliminar ainda prevalece uma estrutura essencialmente inquisitiva. Os atos praticados na instrução preliminar não obedecem alguns preceitos constitucionais, como aqueles elencados nos incisos LIV⁴⁷, LV, LVII⁴⁸ do artigo 5º, bem como o art. 93, IX⁴⁹ da Constituição de 1988. Além da legislação processual, afasta a aplicabilidade do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos^{50 51} (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969.

⁴⁵ Para Luiz Flávio Gomes e Fábio Scliar, “embora o inquérito policial se dedique à descoberta da verdade sobre o crime e sua autoria, a cognição que nele existe, está limitada na profundidade à exata medida do que seja suficiente para a formação da opinio delicti do Ministério Público, e esta, evidentemente, é de um grau menor que a cognição exigida para que o magistrado profira uma sentença condenatória. A subtração de atividade probatória que deveria ser produzida na instrução criminal, quando já houver nos autos do inquérito material suficiente para formar a opinio delicti do parquet, fere gravemente o texto constitucional, porque o investigado não dispõe nesta fase de contraditório e defesa amplos. Uma atuação deste tipo é verdadeira fraude à Constituição porque consegue de forma dissimulada, o que o legislador constituinte proibiu: atividade acusatória do Estado sem direito ao contraditório e defesa amplos de quem esteja sofrendo a acusação”. (GOMES; SCLiar, 2009)

⁴⁶ Michel Misse entrevistou um promotor de justiça que demonstrou a dificuldade em se utilizar o inquérito policial somente para a produção de atos de investigação: “Se eu não for pentelho, os juízes reclamam. A gente está no meio da briga. Se o delegado não quiser investigar, não vai, e se o juiz não quiser condenar, não condena [...] Você não pode se precipitar. Não custa nada esperar um pouco mais e oferecer uma denúncia mais consistente”. (MISSE, 2010, p. 68)

⁴⁷ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁴⁸ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁴⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁵⁰ Artigo 8. Garantias judiciais

1. 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, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer

A produção antecipada de meios de provas deve ser medida excepcional e ser realizada somente quando justificada a relevância e principalmente a impossibilidade de sua repetição em juízo pelo risco de seu perecimento. No entanto, a eficácia dos meios de provas produzidos antecipadamente está condicionada à observância do contraditório e da ampla defesa.

Os elementos produzidos na instrução preliminar e que o juiz pretenda valorar na sentença devem ser repetidos na fase processual. Para aqueles elementos que por sua natureza sejam irrepetíveis ou que o tempo possa torná-los imprestáveis, existe a antecipação da produção dos meios de provas. Assim, não há que aceitar que atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão incumbido da função judiciária, tenha valor probatório na sentença, pois não foram produzidos frente ao juiz de direito, senão que simbolizam a inquisição do investigador com a aquiescência do julgador. Maior esforço não é exigido para vislumbrar que a instrução preliminar brasileira carece de garantias mínimas para que os atos ali produzidos possam ter utilidade para além do juízo preliminar realizado pela autoridade policial. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 228-229)

Lamentavelmente a realidade destoa bastante do plano teórico. Meios de provas continuam sendo realizados na instrução preliminar sem o menor cuidado em harmonizá-los aos preceitos constitucionais. Por vezes a autoridade policial entende que assegurar a

acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

⁵¹ Discussão sempre lembrada ao estudar a Convenção Americana de Direitos Humanos diz respeito ao seu *status* hierárquico no plano do nosso direito interno. Segundo entendemos, qualquer tratado de direitos humanos ratificados pelo Brasil tem índole e nível de norma constitucional. (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 15)

aplicação do texto constitucional na fase preparatória, entendida absurdamente como resguardar *favores* demais aos investigados ou indiciados, prejudica o trabalho investigativo.

Outra crítica que se faz à instrução preliminar brasileira – inquérito policial – é a repetição na fase processual dos meios de provas já realizados nessa fase. A instrução preliminar deve se ater em indicar fontes de prova, mas o que acontece na prática é que ela se transforma em verdadeira fase de cognição plena. Essa conversão de fase sumária em plenária é uma *gravíssima degeneração*. O inquérito policial é manchado por detalhes que maculam com sua credibilidade e aceitação. A polícia demora excessivamente a investigar, investiga mal e, por atuar mal, acaba por alongar excessivamente a investigação. Consequentemente o resultado da investigação será um inquérito policial inchado, com atos que somente deveriam ser produzidos em juízo, e que por isso desborda os limites que o justificam. Parte da culpa vem dada pela má valoração dos atos realizados nessa fase, pois, se realmente fossem considerados meros atos de investigação e não atos de prova, *não haveria justificativa em entender uma atividade que esgota sua eficácia no oferecimento da ação penal*. O problema nasce e é reforçado no momento em que inquérito policial acompanha e integra fisicamente os autos do processo e passa a ser *valorado na sentença, ainda que sob a fórmula de “cotejado com a prova judicial”*. Caso a autoridade policial entendesse que a instrução preliminar serve para fornecer elementos mínimos ao órgão acusador oferecer denúncia ou ao juiz determinar medidas cautelares, não haveria a necessidade de delonga por longo período até o seu término. Entendê-la como fase de cognição sumária faz com que seja encerrada em menos tempo e evita excessivo desgaste em todos os órgãos estatais, uma vez que quando em juízo, todos os meios de provas já produzidos terão que ser refeitos. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 185-186)

Por falta de critérios e a não aceitação de ser somente fase sumária e não caminhar em sintonia com o órgão acusador, na maioria dos casos a autoridade policial investiga além do que deveria e produz meios de provas de má qualidade, quando deveria ater-se ao imprescindível, de modo a indicar elementos para o Ministério Público justificar a denúncia de forma que o juiz não a rejeite por ausência de justa causa⁵².

⁵² A justa causa não deve ser confundida com o exaurimento de todos os meios de provas, ela se dá a partir do suporte cognitivo de probabilidade de caracteriza a instrução preliminar. “Não se duvida da necessidade do lastro probatório mínimo para a acusação, reconhecendo inclusive que a investigação é uma garantia do cidadão contra denúncias açodadas e irresponsáveis, muito menos se duvida da necessidade de avaliação judicial da formação da *opinio delicti* do parquet, mas a justa causa exigida para desencadear a ação penal não pode ser uma que subverta a lógica das coisas, tomando principal - o inquérito policial - aquilo que deveria ser preliminar, exigindo exauriente ou completo aquilo que a doutrina e a própria jurisprudência afirmam que é sumário e finalmente, transformando o que é juízo de probabilidade em juízo de certeza. [...] a expressão “justa causa”, que tem sido interpretada não como um suporte probatório mínimo, mas como um suporte

A função de filtro processual que tem como escopo evitar que investigações sem um mínimo de probabilidade de materialidade e autoria prossigam e corra-se o risco de tornar processo condutas que indiquem verossimilhança de um delito. Caso a instrução preliminar seja verdadeiramente utilizada como filtro processual, não haveria a necessidade de repetição de meios de provas em juízo, uma vez que não teriam sido produzidos nesse momento. A fase judicial ficaria com a produção de meios de provas e não com a repetição de tudo que já foi realizado.

Carnelutti sustenta que a instrução preliminar não existe para a comprovação do delito, mas exclusivamente para excluir acusações infundadas. (CARNELUTTI, 1997, p. 338) A função do procedimento preliminar serve para evitar equívocos e não pode ser entendida como mera preparação para o processo, senão como um meio a ser realizado para obtenção de elementos para dar início à fase judicial. (CARNELUTTI, 1997, p. 346)

Não basta somente a previsão legal de rejeição da denúncia pelo juiz por ausência de justa causa quando do oferecimento da exordial acusatória. Para que a instrução preliminar se inicie, ela deve estar revestida de um mínimo indicativo de materialidade e autoria que justifique o seu início. Não deve ficar reservado ao seu titular a discricionariedade de iniciar a fase preliminar sem elementos mínimos que justifiquem a sua necessidade, resguardando toda a sociedade que não haverá abusos por parte da autoridade administrativa, uma vez que, para que ela inaugure a fase preliminar, deverão coexistir elementos mínimos justificantes.

*A atividade de “filtro processual” resta plenamente concreta se levarmos em consideração três fatores: o custo do processo, o sofrimento que causa para o sujeito passivo (estado de ânsia prolongada) e a estigmatização social e jurídica que gera*⁵³. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 57)

probatório máximo, levando o parquet a estabelecer um parâmetro desconforme com o objetivo constitucional do inquérito policial, que é apenas a cognição sumária do fato criminoso. [...] a restrição da publicidade, defesa e do contraditório no inquérito policial, que se justificam em face da necessidade de o Estado realizar eficazmente a atividade de investigação criminal, só encontram fundamento quando esta fase obedece ao caráter sumário para o qual foi engendrada. [...] Desta forma, o modelo brasileiro é consentâneo com um ideal de investigação criminal que contempla de um lado os direitos fundamentais do investigado, e de outro o direito fundamental à segurança como direito de liberdade de todos, desde que seja exercido nos lindes constitucionais, limitando-se à cognição sumária, sob pena de transmutar-se de garantia constitucional em instrumento violador de direitos fundamentais”. (GOMES; SCLAR, 2009)

⁵³ Não só o processo é uma pena em si mesmo, senão que existe um sobrecusto do desenvolvimento inflacionário do processo penal na moderna sociedade das comunicações de massas. Sem dúvida que se usa a incriminação como um instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública. A proliferação de milhões de processos a cada ano, não seguidos de nenhuma pena, somente com o fim de gerar certificados penais e degradados status jurídico-sociais (de reincidência, perigoso, ou à espera de juízo etc.) é sinal do grau de degeneração que alcançou o instrumento. E devemos destacar que, em muitos casos, a verdadeira punição pretendida não é dada pela condenação, mas pela simples acusação, quando o indivíduo todavia ainda deveria estar sobre a esfera de proteção da presunção de inocência. Muitos processos infundados acabam em uma absolvição, esquecendo-se que no caminho fica uma vida destruída, estigmatizada. O processo penal em si

Apresentando essa mesma ideia de filtro ou de proteção, Leone já sustentava que a investigação preliminar tem finalidade de assegurar a máxima autenticidade das provas ali colidas e também evitar que o investigado inocente seja submetido ao possível processo que constitui irreparável descrédito e humilhação. (LEONE, 1963, p. 84)

A instrução preliminar não só deve excluir as fontes de provas que considerar inúteis, filtrando e utilizando somente os elementos de convicção que efetivamente interessem ao deslinde da causa, mas também deve atuar como filtro processual, tendo em vista as graves consequências que podem trazer o processo penal.

Cabe à autoridade policial a importante atividade de separar o que é ato de prova e ato de investigação, devendo sempre tomar o cuidado para que a instrução preliminar não adiante meios de provas que devam ficar reservados ao processo, assim, limitando-se à cognição sumária.

2.6 O juiz frente à instrução preliminar

A posição do juiz frente à instrução preliminar varia em cada ordenamento jurídico, uma vez que existe instrução preliminar realizada pelo órgão acusador; pelo órgão acusador em conjunto com a polícia judiciária; somente pela polícia judiciária e também pelo juiz das garantias ou juiz instrutor.

No Brasil a função do juiz limita-se ao controle, início e fim das medidas cautelares adotadas a partir do que foi investigado e produzido pela polícia judiciária, além de poder determinar a produção de meios de provas urgentes.

No entanto, pode haver a necessidade da produção de meios de provas na instrução preliminar e daí surge a importância da participação do juiz, pois deverá resguardar a produção desse meio de prova em consonância com a Constituição.

mesmo produz uma carga grave e onerosa para o acusado, que culmina com o sofrimento da alma e a penitência do espírito. A arquitetura das salas dos Tribunais configura um plágio das construções religiosas, com suas estátuas e inclusive com um certo vazío, onde deverá ser “exposto” o acusado. Tudo isso traduz, em última análise, que o binômio crime-pecado ainda não foi completamente superado pelo homem. Os membros do Estado – juizes, promotores e auxiliares da justiça – movem-se em um cenário que lhes é familiar, com a indiferença de quem só cumpre mais uma tarefa rotineira. Utilizam uma indumentária, vocabulário e todo um ritualismo que contribui de forma definitiva para que o indivíduo adquira a plena consciência de sua inferioridade. Dessa forma, o mais forte é convertido no mais impotente dos homens frente à supremacia punitiva estatal. Tudo isso, acrescido do peso da espada de Dâmocles que pende sobre sua cabeça, leva o sujeito passivo a um estado de angústia prolongada. Enquanto dura o processo penal, dura a incerteza e isso leva qualquer pessoa a níveis de estresse jamais imaginados. Não raros serão os transtornos psicológicos graves, como a depressão exógena. O sofrimento da alma é um custo que terá que pagar o submetido ao processo penal, e tanto maior será sua dor como maior seja a injustiça a que esteja sendo submetido. Tudo isso pode ser evitado se a investigação preliminar cumprir com suas funções, evitando que acusações infundadas sejam levadas adiante. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 58-60)

Na instrução preliminar brasileira não existe a figura do juiz instrutor, assim, atualmente, não há que se falar em distinção entre juiz das garantias e juiz do processo.

O juiz instrutor-inquisidor tem poderes para, na instrução preliminar, colher de ofício o meio de prova que bem entender e, futuramente no processo, decidir a partir dos seus próprios atos, servindo o processo apenas para formalizar aquele meio de prova produzido por ele. Cordero define essa situação como o *primato dell'ipotesi sui fatti*, como um perigoso e consequente *quadri mentali paranoidi*. (CORDERO, 1986, p. 51)

Assim, surge a necessidade de se ter um juiz para o processo e um juiz para a instrução preliminar. Importante função é a do juiz das garantias onde um juiz togado atua exclusivamente na instrução preliminar. Sua função delimita-se a atuar junto à fase preliminar, não sendo ele o juiz competente para a fase processual, devendo participar somente quando da necessidade de realização de alguma atividade tipicamente jurisdicional.

Sua importância é dada pelo fato da instrução preliminar estar sendo fiscalizada e, consequentemente, os meios de provas ali produzidos poderiam ser utilizados no processo, uma vez que foram realizados perante juiz togado e resguardadas as garantias constitucionais, ou seja, o meio de prova foi judicializado.

O juiz das garantias deve ser imparcial e assim deveria ser também a instrução preliminar realizada pela autoridade policial, no entanto, na prática a fase preliminar deixa bem claro que visa fornecer elementos que interessem somente ao órgão acusador, afastando-se veementemente da imparcialidade.

No sistema de instrução preliminar conduzida pelo juiz das garantias, existe forte tendência a produzir material cognitivo imparcial, tendo em vista que esse juiz não é competente para conduzir a fase processual e o motivo de sua existência é esclarecer os fatos e não somente fornecer elementos para embasar futura denúncia.

Para Aury Lopes Júnior, o juiz, por sua própria formação, mesmo quando alocado na função investigadora, tende a ser mais imparcial e não transformar a instrução preliminar em inquisição como é feita hoje, consequentemente, a tendência é que o material colhido na fase preliminar possa ser usufruído tanto pela acusação quanto pela defesa e não servindo exclusivamente ao órgão acusador. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 48)

Com a presença do juiz das garantias, a coleta antecipada de meios de provas impõe a importante quebra do princípio da imediação, pois o juiz do processo deverá contentar-se com a reprodução escrita daquilo que não teve oportunidade de presenciar. Em contrapartida, é inadmissível que o julgador atue na fase preliminar, já que se tem a figura do juiz das garantias. Isso é um avanço, pois deixa-se para trás o tempo em que um só juiz investigava e

sentenciava. O sacrifício da imediação prevalece em favor da imparcialidade do órgão julgador. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 142)

A atuação do juiz das garantias deve ser extremamente limitada. Sua atuação somente se dá naqueles casos em que existe o risco de perecimento de meios de prova no tempo. O juiz das garantias tem função primordial de garantir a legalidade e a preservação dos direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa do investigado na instrução preliminar. É ele quem dará cumprimento às garantias asseguradas constitucionalmente, apesar de não ser ele quem irá conduzir a instrução preliminar.

No código de processo penal vigente, a intervenção do juiz na instrução preliminar é excepcional, tendo em vista que o inquérito policial pode iniciar, desenvolver e terminar sem qualquer intervenção do juiz, pois sua presença não é necessária nesse momento, sendo chamado excepcionalmente quando o ato exigir sua autorização, como nas interceptações telefônicas e mandados de busca e apreensão; ainda, quando o sujeito investigado sofrer restrições no seu direito de defesa, como ter acesso aos autos da investigação, bem como determinar a produção de meios de provas urgentes.

2.6.1 Projetos de Lei 156/2009 e 8.045/2010

Tramitava junto ao Senado Federal o Projeto de Lei número 156/2009 e que em 2010 foi enviado à Câmara Federal, recebendo o número 8.045/2010, visando reformar o Código de Processo Penal. Nos termos da exposição de motivos do anteprojeto de reforma, o decreto-lei número 3.689 de 03 de outubro de 1941 encontra-se superado em razão da clara incompatibilidade com a Constituição de 1988.

Da leitura da sua exposição de motivos nota-se um discurso preocupado com as exigências do Estado Democrático de Direito, salientando-se a necessidade da observância dos princípios constitucionais que farão integração com o processo, em harmonia aos ditames constitucionais.

Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: *a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da república de 1988* e sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de processo penal atualmente em vigor – decreto-lei no 3.689, de 03 de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se

definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado decreto-lei no 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. *A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional.* E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. O Código de 1941, anunciava em sua Exposição de Motivos que “...as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade...”. Ora, para além de qualquer debate acerca de suposta identidade de sentido entre garantias e favores, o que foi insinuado no texto que acabamos de transcrever, parece fora de dúvidas que a Constituição da república de 1988 também estabeleceu um seguro catálogo de garantias e direitos individuais (art. 5º). Nesse passo, cumpre esclarecer que *a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais.* É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do estado democrático de direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em conhecimento – o mais amplo possível – de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade. Observe-se, mais, que *a perspectiva garantista no processo penal*, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: *o respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder.* (grifo nosso) (BRASIL, 2009, p. 15-16)

Dentre os avanços necessários para a adequação da legislação processual penal e especialmente a adoção de uma estrutura efetivamente acusatória, nos termos da exposição de motivos do Anteprojeto e do artigo 4º⁵⁴, necessário se faz o afastamento da fase preliminar do juiz que irá conduzir o processo, uma vez que a gestão da prova é um dos marcos definidores para a efetivação da estrutura acusatória.

O projeto de lei número 156/2009, em seu título II regula a *investigação criminal* e dentro desse título, o capítulo II visa instituir o *juiz das garantias*, nos termos dos artigos 14 ao 17⁵⁵.

⁵⁴ Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

⁵⁵ Capítulo II - Do Juiz das Garantias

O atual Estado Democrático de Direito tem como um de seus princípios a proteção dos direitos fundamentais à luz do modelo acusatório, com clara separação de partes e funções, recepcionado pela Constituição de 1988.

O projeto propõe diversas mudanças para adequar a legislação infraconstitucional à Constituição, sendo que uma das principais inovações é a criação do Juiz das Garantias, que atuará somente na instrução preliminar, o inquérito policial, assegurando os direitos e

Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
- IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- XI – decidir sobre os pedidos de:
 - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) acesso a informações sigilosas;
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.
- XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;
- XIV – arquivar o inquérito policial;
- XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;
- XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
- XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

Art. 15. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo.

Art. 16. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748.

Art. 17. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal.

garantias do investigado, bem como servirá para o controle da instrução realizada pela polícia judiciária.

Por juiz das garantias entende-se o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das inviolabilidades pessoais e liberdades individuais frente à opressão estatal na instrução preliminar. (CASARA, 2010, p. 169-170)

Um modelo processual de cunho acusatório⁵⁶ exige a proibição da atividade instrutória do juiz na fase preliminar, visando preservar sua imparcialidade. Nos termos do Anteprojeto, caso a instrução preliminar necessite de alguma autorização judicial, essa deverá ser realizada pelo juiz das garantias, que é o único habilitado legalmente a atuar nessa fase.

Atualmente o magistrado que atua na fase preliminar é o mesmo que recebe a denúncia oferecida pelo Ministério Público, e, pelo critério da prevenção, conduz toda a instrução processual e profere sentença. Essa situação é diferente somente nas poucas Comarcas que mantêm vara exclusivamente para a tramitação de inquéritos.

A competência por prevenção, no caso em tela, pode gerar problemas, uma vez que ela fixa a competência do julgador que teve contato com as fontes de provas ou na pior das situações, teve contato e algumas vezes determinou a realização de meios de provas produzidos unilateralmente pela autoridade policial.

O processo penal tem como finalidade a proteção dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, assim, deve também assegurar ao investigado de hoje, que poderá se tornar acusado amanhã, a imparcialidade do juiz que atua na fase preliminar. Como ficará a imparcialidade do magistrado que irá julgar se ele tiver decretado uma prisão preventiva ou determinado busca e apreensão, bem como autorizado a antecipação de algum meio de prova? É praticamente impossível esse magistrado conseguir separar a motivação dos atos jurisdicionais proferidos na investigação e a influência que eles exercerão quando da elaboração da sentença.

Embora pareça ser redundante a expressão juiz das garantias, ela vem com a finalidade de enfatizar sua função no atual modelo acusatório, destacando sua importância e atuação na instrução preliminar.

⁵⁶ Conforme Aury Lopes Júnior, “a iniciativa probatória deve ser das partes; mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); procedimento em regra oral (ou predominantemente); plena publicidade de todo o procedimento; contraditório e possibilidade de resistência (defesa); ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.” (LOPES JÚNIOR., 2010, p. 60)

O juiz das garantias não será um gestor da produção de meios de provas, mas aquele que deverá zelar pela observância dos princípios constitucionais, pelo respeito às liberdades públicas e também pela aplicação da intervenção penal que por si só não pode significar diminuição das garantias individuais. Sua função não é a de preservar e primar pela qualidade da investigação, mas sim a preservação do investigado e suas liberdades. A figura do juiz das garantias é a busca da efetivação e não mais do mitológico *sistema acusatório* para consagrar a busca de um processo penal de modelo democrático, afastando veementemente a possibilidade da iniciativa probatória do juiz do processo nessa fase e preservando o seu distanciamento com o objetivo de evitar qualquer influência na formação de sua opinião. Caso o projeto de lei seja aprovado com a redação atual, aliado à nova configuração que terá a instrução preliminar, busca-se afastar o modelo inquisitório que ainda permanece na instrução preliminar, com o fim de acabar com pré-julgamentos antes no início do processo. (SÁ, 2010, p. 159-161)

O projeto visa preservar ao máximo a instrução preliminar com o afastamento do juiz que irá julgar o processo, por isso a importância da exigência de criação de um órgão jurisdicional para o desempenho dessa função. Ficará o juiz das garantias afastado do mérito da decisão e dos elementos de convicção produzidos para subsidiar o órgão acusador. O Anteprojeto deixa bem clara a função do juiz das garantias que será de zelar *pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais*.

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) *manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação*. Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na organização judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção. (grifo nosso) (BRASIL, 2009, p. 17)

A exposição de motivos demonstra preocupação com o afastamento do juiz do processo dos meios de provas que são produzidos na fase preliminar, na tentativa de se efetivar a estrutura acusatória. Atualmente o magistrado não aguarda inerte o término da instrução preliminar, pois pode participar ativamente dessa fase, onde um pré-julgamento da matéria pode ocorrer.

O juiz das garantias tem como uma de suas principais funções impedir a contaminação do juiz do processo com os atos de captação de meios de provas produzidos sem a garantia do contraditório e da ampla defesa, ainda, pretende evitar que esse mesmo juiz que irá julgar tenha contato com os atos de captação de meios de provas produzidos ao arrepio da legislação processual e da Constituição. (MARRAFON, 2010, p. 145)

A nova figura do juiz das garantias tem muito a contribuir para a evolução do processo penal brasileiro, tendo em vista que esse juiz terá a finalidade de impedir a contaminação do juiz do processo com os meios de provas produzidos na instrução preliminar, além de evitar qualquer contato com aquilo que foi produzido ilegalmente, que não irá chegar ao conhecimento do juiz do processo. No entanto, essa nova atuação do magistrado pressupõe nova compreensão funcional dos juízes, na medida em que sua atuação estará comprometida com a *estrutura acusatória*, nos termos do artigo 4º do projeto de lei, aliado ao comprometimento com a efetividade dos direitos e garantias contemplados na Constituição de 1988, sob pena de ineficiência de todo o esforço envidado pelo legislador no sentido de adequar a nova legislação processual aos ditames constitucionais. Toda interpretação dos dispositivos do novo código deve partir da Constituição. No *atual panorama teórico* a interpretação da Constituição tem sido marcada por graves distorções. A confusão sobre o que é interpretar o direito à luz da Constituição tem nos levado a novos realismos, *onde os positivistas dos valores, agora, remetem à busca da vontade do povo, ao interesse social, como forma de realizar justiça no seio do judiciário*. (MARRAFON, 2010, p. 145-147)

Nota-se no projeto de lei um discurso preocupado com as exigências do Estado Democrático de Direito e a adoção de uma estrutura efetivamente acusatória. Levando-se em conta que na instrução preliminar não são produzidos atos exclusivamente administrativos, mas também de cunho processual, necessário se faz a presença de um juiz nesse momento, para que garanta a efetivação dos direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa desde logo, uma vez que deverá atuar quando da produção de meios de provas que serão aproveitados na fase processual. O juiz das garantias terá como função a preservação do

investigado e suas liberdades e não deverá substituir a função investigativa que continuará sob responsabilidade da polícia judiciária.

3 A MANIFESTAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA PRODUÇÃO DE MEIOS DE PROVAS IRREPETÍVEIS

Não há que se afastar a participação do investigado ou indiciado dessa fase de suma importância para o início da ação penal sob o argumento da proteção social, pois nesse momento é que são dados os contornos para a fase processual.

A mais séria distorção encontrada na realização da nossa justiça penal reside na indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional. [...] Mas, no nosso caso, além da inafastável intromissão dos meios de prova acautelatórios no curso da ação que, acrescente-se, carece de uma disciplina mais coerente, há a indesejável valoração, pelo julgador, dos meios de prova subjetivos colhidos na investigação já no curso da ação penal. (CHOUKR, 2001, p. 133-135)

Quase a totalidade das denúncias oferecidas pelo Ministério Público são embasadas no que foi produzido na instrução preliminar. A partir da denúncia é que o acusado produz sua defesa, ou seja, o acusado se defende daquilo que foi imputado a ele na inicial acusatória, juntamente com o que foi produzido na instrução preliminar, uma vez que o órgão acusador utiliza-se das informações prestadas pela autoridade policial.

Se se tem uma fase que influencia outra, evidentemente essa primeira fase tem sua importância, pois se assim não o fosse, não precisaria existir.

[...] a inserção das garantias constitucionais desde logo na investigação criminal, naquilo que for possível e adequado à sua natureza e finalidade, aparece como um ‘passo adiante’ na construção de um processo penal garantidor, entendida esta expressão como sendo o arcabouço instrumental penal, uma forma básica de proteção da liberdade individual contra o arbítrio do Estado. Mais ainda, preconiza uma nova postura ética do Estado para com o indivíduo submetido à constrição da liberdade, elevando sua condição de pessoa humana independentemente do feito cometido e colocando pautas mínimas de materialização dessa nova ‘condição humana’ no processo. (CHOUKR, 2001, p. 15-16)

É preciso ter sempre em mente que a instrução preliminar brasileira, realizada através do inquérito policial, se inspirou na reforma processual penal italiana, promovida na década de 30, em pleno regime fascista, pelo Ministro Rocco, o que revela sua base autoritária. Os regimes de exceção sempre se interessaram por instrumentos de poder e a instrução preliminar nada mais é do que uma forma de gestão, de exercício de poder, que se difundiu na cultura ocidental, como forma de autenticação da verdade. (FOUCAULT, 1999, p. 78)

Não bastassem décadas de desatualização, o autoritário Código de Processo Penal brasileiro se revela incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito e com

um sistema verdadeiramente garantista. (FERRAJOLI, 2006; LOPES JÚNIOR, 2006; LOPES JÚNIOR, 2010; PRADO, 2004; TUCCI, 2004).

Sob o argumento da efetividade das investigações e para resguardar o interesse público, o investigado é afastado da realização dos atos investigatórios. Afasta-se sua participação sob a farsa da manutenção da defesa social, ou seja, do interesse da coletividade. Seu afastamento dá-se em virtude da inquisitorialidade que o caracteriza e que, conseqüentemente, afasta sua participação. Premissa que prevalece desde a entrada em vigor da atual legislação processual, uma vez a exposição de motivos demonstra interesse em extirpar os interesses individuais em favor dos interesses sociais.

A despreocupação com a tutela do contraditório e ampla defesa na instrução preliminar resulta da manutenção da ideologia repressiva adotada pela legislação processual penal de 1941. Necessário se faz a adequação da instrução preliminar brasileira – inquérito policial – ao Estado Democrático de Direito e ao modelo constitucional de processo.

A ideologia repressiva do Código de Processo Penal reduziu a tutela dos direitos fundamentais na instrução preliminar à equação proteção social *versus* liberdade individual. Ocorre que, fundamentada na primazia do interesse público, a lei processual penal acabou priorizando a segurança em detrimento da liberdade. Somente após a restauração do Estado Democrático de Direito com a atual Constituição é que foi possível visualizar uma nova relação entre os direitos fundamentais na realidade do processo penal e pensar em construir meios mais abrangentes de proteção.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a instrução preliminar seguiu à risca aquela ideologia repressiva sem se preocupar com a presença do contraditório e da ampla defesa. Em nome do interesse público, as diligências policiais são justificadas como necessárias à apuração dos indícios de autoria e materialidade do delito, não reconhecendo o investigado como sujeito de direitos.

A Constituição de 1988 rompeu definitivamente com a ideologia repressiva que orientou a legislação processual penal na década de 40 que foi motivada pela supremacia do interesse público sobre o direito individual.

Ora, o preâmbulo da Constituição é claro em assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade. Ademais, a *República Federativa do*

Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade humana⁵⁷ e afirma a prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais.⁵⁸

O momento político atual é bastante diferente, no entanto, a legislação é a mesma, o que exige uma leitura constitucionalizada do instituo ora em discussão, pois no atual Estado Democrático de Direito⁵⁹ os sujeitos gozam de extenso rol de garantias asseguradas constitucionalmente⁶⁰. O Código de Processo Penal entrou em vigor com a premissa de abolir o interesse individual com a sobreposição do interesse e tutela social, valorizando essencialmente o subjetivo *bem comum*. A legislação processual penal deve ser lida em conjunto com o texto constitucional, uma vez que aquela preza pela sobreposição da tutela social em desfavor do interesse individual.

No atual Estado Democrático de Direito não há espaço para a prevalência do interesse público sobre o interesse individual, reflexo da oposição entre autonomia pública e autonomia privada⁶¹ e assim afastar a participação do investigado da instrução preliminar.

A cultura autoritária Código de Processo Penal

[...] produziu uma geração de juristas e de aplicadores do Direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras - na balança entre a tutela da segurança pública e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase exclusiva com a primeira. (OLIVEIRA, 2008, p. 06)

Atualmente sustenta-se a existência de um ambiente abrangente de proteção aos direitos fundamentais, em verdadeira relação de reciprocidade e complementaridade entre a perspectiva coletiva e a perspectiva individualizada. Essa relação dialética deve ser resolvida no campo da hermenêutica, afastando-se o confronto de direitos. (OLIVEIRA, 2004, p. 158)

Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, na instrução preliminar continua prevalecendo o interesse público sobre o interesse privado⁶². *A ideia de prevalência*

⁵⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

⁵⁸ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos.

⁵⁹ “Nossa atual Constituição concede manifesto reconhecimento aos princípios como normas jurídicas impositivas, ao lado das regras, realçando a dimensão principiológica de seu sistema, quando, no Título I, dispõe a respeito dos princípios fundamentais, e em seguida, no artigo 1º, ao Estado Democrático de Direito, dado topológico que está a indicar a inclusão do Estado Democrático de Direito entre aqueles princípios fundamentais.” (BRÊTAS, 2009, p. 283)

⁶⁰ “O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não venham acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor quando existem garantias que as tornam eficazes”. (BARACHO, 2008, p. 53)

⁶¹ Nesse sentido: (HABERMAS, 1997; HABERMAS, 2002; HABERMAS, 2003)

*do interesse público sobre o privado é própria a um determinado paradigma*⁶³ e vai se tornar uma ideia ainda mais forte no contexto autoritário que o Brasil viveu a partir da década de 1960. Algumas decisões anteriores à atual Constituição vão afirmar a ideia de prevalência do interesse público sobre o privado, no sentido da *preservação de uma determinada concepção de segurança nacional*. O Supremo Tribunal Federal tem caminhado para a afirmação que o direito constitucional prioriza, que é a igual importância entre o interesse público e o interesse privado. O interesse privado não é necessariamente um interesse egoístico e o interesse público não é necessariamente o que melhor atende à coletividade. (BARACHO JÚNIOR, 2004, p. 512-520)

A partir dessa perspectiva é exigida nova leitura da manifestação do contraditório e da ampla defesa, afastando o binômio interesse individual *versus* interesse social, pois não somente esses interesses é que são afetados pela instrução preliminar, mas também podem ser atingidos o direito à integridade física e moral, à imagem, à honra, ao sigilo telefônico e de correspondência, à igualdade, à intimidade, dentre outros que caminham paralelamente com a segurança e liberdade, exigindo proteção não somente na fase processual, mas também na instrução preliminar. Os direitos em uma perspectiva coletiva devem conviver em harmonia com o contraditório e a ampla defesa, sendo necessário o reconhecimento do investigado como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação⁶⁴.

⁶² “Em um Estado democrático de direito, não subsiste a dualidade cunhada pelo liberalismo, contrapondo Estado e sociedade. O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta. Já não há uma linha divisória romântica e irreal separando culpas e virtudes. [...] Mesmo quando não esteja em jogo um direito fundamental, o interesse público pode estar em atender adequadamente a pretensão do particular. [...] O interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo quem em relação a um único cidadão”. (BARROSO, 2010, p. 70-71)

⁶³ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias trouxe importante contribuição e esclarecimento ao uso da expressão paradigma: “Costuma-se falar em paradigmas constitucionais, visões paradigmáticas e imagens-modelo, construções vocabulares cunhadas por juristas proeminentes, sob influência das teorias de Thomas Kuhn, daí surgindo costumeiras referências, nos textos jurídicos mais atuais, ao paradigma de Direito e ao paradigma do Estado Democrático de Direito, merecendo seja a expressão paradigma, nesse contexto, analisada convenientemente, visando a alcançar seu significado técnico no plano da Ciência do Direito. Nesse desiderato, parece-nos conveniente, desde logo, antecipar a consideração de evitar-se compreendê-la no sentido de modelo ou padrão, o que poderia conduzir ao entendimento inadequado de que Estado de Direito e Estado Democrático de Direito fossem meros modelos ou padrões estanques de diferentes espécies ou formas de Estado, como alguns textos parecem sugerir. A partir desse pensamento, sustentamos que paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como *sistemas jurídico-normativos consistentes*, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional. (BRÊTAS, 2004, p. 99-101). Ver também: DIAS, 2005, p. 155-157.

⁶⁴ “Esse feixe de mecanismos está enquadrado dentro da moderna visão do processo penal de partes, cuja proximidade – senão verdadeira assimilação – com a matriz acusatória tem como uma de suas características fundamentais a condição de suspeito enquanto sujeito de direitos e não objeto da persecução, isso demonstrado já na fase preparatória. Inseridas no contexto acima, várias ‘medidas’ tradicionalmente tomadas de forma isolada pela autoridade policial, algumas delas até ao arrepio da lei. (CHOUKR, 2001, p. 142)

No Estado Democrático de Direito a Constituição desempenha função de essencial relevância em relação aos princípios jurídicos. A Constituição democrática pressupõe a existência do processo como garantia e não como mero instrumento⁶⁵ de aplicação do direito material.

Na instrução preliminar não são observados os princípios aplicáveis à fase processual em sua integralidade. No entanto, algumas vezes será necessária a realização de meios de provas urgentes e irrepetíveis na instrução preliminar, tendo em vista o risco de perecimento no tempo caso os mesmos sejam produzidos somente na fase processual. Nesses casos, a fase preliminar estará realizando atividade que deveria ser efetivada somente na fase processual. Tratando-se de antecipação de atividade judicial, as garantias do contraditório e da ampla defesa devem ser observadas desde logo, devendo ser judicializada a produção dos meios de provas irrepetíveis.

Judicialização essa de extrema importância, uma vez que referidos meios de provas serão utilizados na fase processual e se não fosse antecipado, não haveria a possibilidade de sua realização em juízo, pelo risco de perecimento do referido meio de prova. Assim, devem ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa quando da antecipação de sua

⁶⁵ A teoria do processo como relação jurídica é quem dá suporte à chamada teoria instrumentalista, que afirma ser o processo instrumento da jurisdição, sem levar em conta que atualmente a jurisdição é função fundamental do Estado e este só se legitima em sua atividade pelo processo, sendo, ainda, o processo, disciplinador da jurisdição e não instrumento dela. A teoria do processo como relação jurídica predomina na elaboração da legislação processual até os dias de hoje. A teoria da relação jurídica foi aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman. Apesar de ter auferido destaque pela proposta de diferenciação de processo e procedimento, o que realmente ela trouxe foi verdadeira confusão entre processo e procedimento, pois, na tentativa de fixar distinção entre eles, sustentou-se que o procedimento é a manifestação fenomênica do processo. A reconhecida escola instrumentalista do processo (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1997) fez a junção do processo à jurisdição, colocando o processo a serviço e interesse da atividade jurisdicional e à disposição do juiz, trazendo a paz e a felicidade para a sociedade, à partir de escopos metajurídicos. (LEAL, 2010, p. 78-79) Para Cândido Rangel Dinamarco, os escopos metajurídicos se subdividem em escopos social, político e jurídico: “[...] São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade. [...] Eis então que ele define condutas como favoráveis ou desfavoráveis à vida em grupo (licitudes, ilicitudes), acenando com recompensas ou castigos (sanções), além de estabelecer critérios para o acesso aos bens da vida e às situações almejadas. [...] Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado [...] tem-se por político o fenômeno da sociedade enquanto detentora do poder, ou seja, o fenômeno Estado. [...] aplicação do direito pelo juiz, nesse seu trabalho de declarar e atuar a lei. [...] O próprio direito tem inegavelmente um fim político, ou fins políticos, e é imprescindível encarar o processo, que é instrumento estatal, como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por detrás da própria lei. [...] É de suma importância e vital relevância na técnica processual a definição do modo como o processo e os seus resultados repercutem no sistema jurídico; [...] pronunciamento acerca da função que o processo desempenha perante o direito e na vida dos direitos. [...] Indagar do escopo jurídico do sistema processual significa, portanto, pôr em questão o modo como opera e o posto que ocupa no sistema jurídico.” (DINAMARCO, 2008, p. 189-209)

realização, tendo em vista que na fase preliminar estará sendo realizada atividade tipicamente judicial. Se se antecipada uma atividade judicial, por equiparação as garantias que seriam observadas no processo devem ser observadas na investigação, fazendo necessária nova leitura da instrução preliminar com os olhos voltados ao texto constitucional e às particularidades do Estado Democrático de Direito a partir do modelo constitucional de processo, sob a visão do processo constitucionalizado.

Quando da antecipação de atos tipicamente judiciais, o modelo constitucional de processo deve ser observado, com o fim de se garantir um espaço discursivo inserto no Estado Democrático de Direito, na construção e aplicação do direito legislado ao caso concreto. (ARAÚJO, 2003, p. 105)

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias considera o modelo constitucional de processo uma *estrutura metodológica normativa constitucional de garantia dos direitos fundamentais*, devendo ser apreendido como *bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis*. Esses direitos e garantias fundamentais são o direito de amplo acesso à jurisdição em prazo razoável, garantia do juízo natural, garantia do contraditório, garantia da ampla defesa, direito a defensor e garantia de fundamentação das decisões jurisdicionais, sempre observando os princípios constitucionais. (DIAS, 2007, p. 229)

A instrução preliminar brasileira deve ser realizada com a presença e possibilidade de participação daqueles que poderão ser atingidos pela manifestação do Estado. Tendo em vista que contra ao investigado é imputada a prática do ilícito penal e, consequentemente, desde logo direitos são atingidos, deve ser facultado a ele participar e apontar elementos que lhe interessem na fase preparatória nos termos do artigo 14 da legislação processual ou com observância das garantias processuais quando da realização de meios de provas irrepetíveis.

O conhecimento não deve ser dar de forma isolada, através da dialogicidade entre os interessados, ele deve ser sempre construído. A discricionariedade do delegado de polícia não pode afastar a participação do investigado; o conhecimento não pode ficar concentrado em um único sujeito. No Estado Democrático de Direito toda decisão deve ser tomada com a participação dos interessados, isso faz com que a manifestação estatal aufira maior legitimidade e se afaste dos moldes inquisitoriais, onde o conhecimento se forma com base na consciência do investigador.

A participação do investigado na instrução preliminar pode evitar o início de ações penais sem um lastro probatório mínimo, o que minimizaria prejuízos irreparáveis a ele e que, com sua contribuição, poderiam ser evitados. Há de se assegurar o discurso jurídico e nos

desprender da tradição inquisitorial onde um único sujeito detém o conhecimento com a imposição de mandamentos em nome do Estado.

Não se pode negar os prejuízos da instauração de um inquérito policial na vida do investigado, o investigado é estigmatizado pelo próprio Estado, em afronta ao que reza o princípio da presunção de inocência⁶⁶. O princípio consagra a proibição do Estado de agir em relação ao suspeito, ao indiciado ou ao acusado como se já houvessem sido condenados por sentença transitada em julgado. A prerrogativa constitucional da liberdade não pode ser afastada por interpretações fundadas em discursos autoritários que culminam no afastamento do direito de participação.

A instrução preliminar brasileira é advinda de um momento em que o Estado não tutelava direitos individuais e lamentavelmente se mantém intacta a essência de sua criação. A atividade repressiva estatal deve respeitar a dignidade da pessoa humana; o poder gera riscos de abusos, assim, o Estado deve se precaver para minimizar o risco de arbitrariedades.

Pela tradição inquisitorial e para afastar o risco de fragilizar as investigações, muitas vezes a autoridade policial conduz a instrução preliminar à margem dos ditames constitucionais e, não são raras as vezes, ignorando o direito de participação aos investigados por força de um pensamento e reminiscência inquisitorial.

O processo constitucional serve não para regular determinado direito, mas sim para estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito, limitando-se a verificar a conformidade da norma vigente frente aos seus princípios. (BARACHO, 1984, p. 346-347) A atuação do processo efetiva-se através do reconhecimento do princípio da supremacia constitucional⁶⁷ sobre todas as normas existentes no ordenamento jurídico. (BARACHO, 1984, p.125)

O processo constitucional surge como elemento estruturante do ordenamento jurídico. A atuação estatal efetiva-se através do reconhecimento do princípio da supremacia constitucional. A interpretação de uma norma ordinária não pode colidir com o conteúdo normativo do direito fundamental.

Sendo a instrução preliminar integrante do processo constitucional, quando da realização de meios de provas irrepetíveis devem ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

⁶⁶ Artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

⁶⁷ A supremacia constitucional determina que todo o ordenamento infraconstitucional guarde compatibilidade com a norma superior. Virgílio Afonso da Silva sustenta que a ideia norteadora é a proliferação dos efeitos das normas constitucionais a todo o ordenamento jurídico. (SILVA, 2005, p. 39)

A partir da leitura dos princípios constitucionais do contraditório⁶⁸ e ampla defesa, propõe-se participação mais ativa e igualitária dos envolvidos durante a realização da instrução preliminar. Os princípios são normas jurídicas que exprimem o conteúdo de proposições fundamentais que compõe o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, inafastáveis. A partir de toda a principiologia e hermenêutica constitucional, os princípios devem ser lidos como direito-garantia inafastável, regendo as estruturas procedimentais da administração, legislação e jurisdição.

A legislação estrangeira mostra a importância do modelo acusatório. O Código de Processo Penal italiano data de 1988 e quando de sua alteração, as reformas centraram na mudança de um modelo inquisitório para um modelo acusatório⁶⁹, em conformidade com um regime democrático; na Espanha, a alteração da legislação processual penal data de 2003 e inseriu durante a fase do inquérito a figura do juiz de instrução. Esse mesmo juiz atua juntamente com a polícia judiciária fazendo com que o inquérito tramite em um menor espaço temporal, na busca de maior celeridade. O Código de Processo Penal francês data de 1958 e funda-se em três objetivos principais: assegurar os direitos de arguidos e queixosos; buscar o equilíbrio entre interesses coletivos e interesses individuais e combater a lentidão processual. O Código de Processo Penal português sofreu substanciais modificações em 2007, dentre elas, encontra-se o inquérito policial, oferecendo ao advogado a possibilidade de maior intervenção nessa fase.

Aceitar que a legislação processual deve caminhar em consonância com a Constituição aparentemente é tarefa simples, no entanto, há que se mudar a mentalidade rotineiramente incontestada da instrução preliminar, já que, em tese, a própria legislação constitucional resolveria as controvérsias, no entanto, lamentavelmente o texto norteador de toda a legislação infraconstitucional é recorrentemente afastado.

⁶⁸ “A ideia de contraditório como direito de participação, o conceito renovado de contraditório como garantia de participação em simétrica paridade, o contraditório, como oportunidade de participação, como direito, hoje revestido de especial proteção constitucional.” (GONÇALVES, 1992, p. 132)

⁶⁹ Na atualidade o modelo acusatório caracteriza-se pela clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser das partes; o juiz deve-se manter como um terceiro imparcial, alheio à realização da investigação e passivo no que se refere à coleta da prova; tratamento igualitário das partes, ou seja, igualdade de oportunidades; o procedimento é predominantemente oral; publicidade de todo o procedimento ou predominantemente oral; contraditório e possibilidade de defesa; ausência de tarifação de provas, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado; dentre outras características. (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 58)

A partir da interpretação hermenêutica⁷⁰, deve-se caminhar para uma maior eficácia do direito de defesa e do contraditório, assegurados no art. 5º, LV da Constituição de 1988. Referidos dispositivos constitucionais continuam sendo interpretados de forma restritiva na instrução preliminar. São 23 anos de Constituição democrática e necessária se faz a leitura da instrução preliminar a partir de uma visão democrática, afastando-se da ideia ínsita no âmbito policial de afastamento de direitos constitucionalmente assegurados e negando muitas vezes que o Código de Processo Penal deva adequar-se à Constituição.

Partindo-se de uma visão ampla dos princípios, eles devem ser estudados como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo de proposições fundamentais informadoras que compõe o ordenamento jurídico, podendo-se falar que os princípios se caracterizam como diretrizes gerais do direito. Nessa noção, os princípios são considerados normas jurídicas, compreendendo as ideias de regras e princípios, ou seja, ambos são espécies do gênero norma jurídica. Os princípios são havidos como proposições fundamentais do direito e, ao lado das regras, também com força vinculativa, os princípios atuam em todo o ordenamento jurídico. (DIAS, 2009, p. 277-279; DIAS 2004, p. 119-121)

Se um contraditório dinâmico como garantia de influência fosse assegurado, com base em uma lógica policêntrica e participativa; se os sujeitos processuais soubessem manejar as técnicas processuais de modo responsável e interdependente; **se se acabasse com a busca tão-somente do protagonismo judicial, da alta produtividade decisória e da rapidez procedimental a qualquer preço**; se se parasse de enxergar o processo como um instrumento técnico a serviço do juiz e que se constitui em entrave formal para o cidadão-cliente de serviços, a democratização processual se imporia nos discursos de aplicação normativa. (NUNES, 2009, p. 247) (grifo nosso)

Não é demais recordar que o texto constitucional é abrangente e visa oferecer iguais oportunidades de participação aos interessados, tanto no processo judicial quanto na instrução preliminar. Não há que se falar na ausência de participação do investigado na fase preliminar por ausência de previsão legal, pois, a partir de uma interpretação hermenêutica, constata-se que sua situação se amolda ao texto constitucional quando ele faz referência expressa aos *acusados em geral*, pois a investigação ou o indiciamento são formas de imputação em sentido amplo.

⁷⁰ “A ideia de que a Constituição é um sistema de normas e de que a interpretação constitucional deve ser uma interpretação sistêmica consta de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, e não apenas ele, nós vemos outros órgãos do poder judiciário reiteradamente afirmando o caráter sistêmico da Constituição, o que conduz à necessidade de uma sistematização de sua interpretação”. (BARACHO JÚNIOR, 2004, p. 510)

O direito de defesa exige especial atenção para a grave consequência de aplicá-lo sem limitações, pois poderia causar sérios riscos para a investigação. Inobstante esse problema, a absoluta inexistência de defesa afasta e fere os mais elementares preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito. Assim, na instrução preliminar a defesa técnica é limitada, pois limitada também é a defesa como um todo, pois essa fase não serve para substituir o processo. Ainda que o direito de defesa esteja salvaguardado constitucionalmente, nos atuais moldes de condução da instrução preliminar, praticamente não se deixa espaço para a defesa técnica atuar, com exceção do *habeas corpus* e do mandado de segurança, apesar de estarem corporificados fora da fase preliminar e serem medidas constitucionais.

No Estado Democrático de Direito está presente a garantia de um espaço com ampla participação dos interessados no provimento, colocando-se em análise os próprios discursos de aplicação jurídica, estruturados mediante a atividade processual e jurisdicional. A importância do processo é ampliada e, em especial, a dos princípios e regras dele estruturantes, na medida em que é assegurado um espaço temporal para a participação dos interessados que poderão ser atingidos pelo ato jurisdicional. (NUNES, 2009, p. 98-104 e 138-139)

No âmbito do discurso jurídico, as mais importantes reflexões se voltam para os processos de legitimação e realização do direito. A definição do que é o direito caso a caso somente é passível de explicitação através de procedimentos que irão garantir a participação dos interessados na produção legislativa, bem como do processo de aplicação das normas. (SILVA FILHO, 204, p. 140)

A dimensão atual e marcante do Estado Democrático de Direito resulta do entrelaçamento dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cuja harmonia se dá pelas normas constitucionais. A democracia é mais do que forma de Estado e de governo, sendo princípio consagrado no ordenamento constitucional como fonte de legitimação do poder. Ao princípio democrático se agrega o princípio do Estado de Direito, que é sustentado por ideias que são verdadeiros sub-princípios, com suporte constitucional, que regulam a atividade do Estado e limitam o poder. (DIAS, 2005, p. 157-158)

Na democracia todo conhecimento deve ser construído e não imposto em ato solitário de poder como se fosse o verdadeiro e exclusivo sujeito do conhecimento, afastando a participação daquele que poderá de alguma forma ser atingido pela manifestação estatal.

Baracho foi pioneiro no estudo do tema constituição e processo, tema esse que ganhou proximidade e importância após a Segunda Grande Guerra Mundial. Sob a

denominação de *modelo constitucional* do processo, explicitado por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, o processo apresenta-se como instituição constitucionalizada que, pela principiologia do devido processo⁷¹, converte-se em direito-garantia. O processo torna-se cláusula inafastável com raízes na soberania popular⁷² e na construção da Constituição. (LEAL, 2010, p. 83-84)

Na instrução preliminar não se observa o princípio do devido processo legal, no entanto, quando da realização de meios de provas irrepetíveis, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados nos mesmos moldes da fase processual, uma vez que será realizado ato tipicamente judicial, sob pena de não utilização na segunda fase da persecução penal, uma vez que não observou os princípios do contraditório e ampla defesa.

Andolina e Vignera sustentam o modelo constitucional de processo (ANDOLINA; VIGNERA, 1997), não sendo somente procedimento em contraditório, mas teoria que se destina à explicitação dos aspectos que devem ser atendidos para que os procedimentos inseridos através da norma infra-constitucional se amoldem à Constituição.

Com a adoção de um modelo constitucional de processo, todos os procedimentos previstos nas normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Constituição, tendo o contraditório a condição de princípio inserido na estrutura dos procedimentos que preparam o provimento estatal.

A instrução preliminar prepara o provimento jurisdicional⁷³, pois é ela quem oferece elementos para o Ministério Público oferecer denúncia e subsídios para o início da ação penal. A partir da instrução preliminar é que a ação penal tem seu início e é ela quem aponta os elementos para o início da instrução processual, bem como toda a produção probatória que será realizada.

⁷¹ “Resta, entretanto, destacar que, se originariamente a ideia de um devido processo legal estava reservada apenas ao processo penal, com a marcha da história as garantias de um justo processo acabaram invadindo as searas do processo civil, do processo trabalhista e, porque não dizer, na forma adequada às suas finalidades, também do procedimento administrativo” (CHOUKR, 2001, p. 15) Utiliza-se o *devido processo legal* no sentido de preservar a eficácia do conjunto de regras legais. (CHOUKR, 2001, p. 141)

⁷² Para Rosemiro Pereira Leal, a única fonte legítima de poder é a soberania popular. (LEAL, 2010)

⁷³ “O processo é instituição pública constitucionalizada de controle da produção de provimentos, sejam judiciais, legislativos ou administrativos. Nenhum provimento (decisão judicial, legiferante ou administrativa) procedimental conclusivo pode ser exarado em desaviso aos princípios que integram o processo: ampla defesa, contraditório e direito ao advogado e isonomia”. (LEAL, 2010, p. 67)

O processo constitucional visa a proteção dos princípios⁷⁴ constitucionais, especialmente aqueles conferidos aos indivíduos para se contrapor aos excessos que podem surgir das decisões públicas. A exigência do processo constitucional surge como elemento estruturante do ordenamento jurídico, no qual torna-se indispensável o controle constante de conformidade da norma ordinária com o texto da Constituição, servindo não para regular determinado direito, mas sim para estabelecer a legitimidade de uma lei, fonte mesma do direito, limitando-se a verificar a conformidade da norma vigente frente aos seus princípios. (BARACHO, 1997, p. 346-347)

No Estado Democrático de Direito a Constituição desempenha função de essencial relevância em relação aos princípios jurídicos, tendo principalmente a função de indicar, sistematizar e preservar aqueles princípios que o povo considerou mais importantes, cuja diretriz foi captada pelo constituinte em vista às aspirações da sociedade. (GALUPPO, 2002, p. 205)

O processo visa tutelar os direitos que se realizam através das previsões constitucionais e a Constituição pressupõe a existência do processo como garantia⁷⁵. O fato da instrução preliminar não estar dentro da fase processual não implica na não observância do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a fase preliminar integra o processo constitucional. A Constituição deve ser observada em todo procedimento infraconstitucional. A condução da instrução preliminar em consonância com a Constituição dá maior legitimidade aos seus institutos, além de assegurar a dialogicidade com a exposição do ponto de vista do investigado; lembrando também do caráter de fiscalidade⁷⁶ da atividade estatal, visando coibir exageros e arbitrariedades.

⁷⁴ Para Humberto Ávila “[...] os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”. (ÁVILA, 2009, p. 78-79)

⁷⁵ Para Flaviane de Magalhães Barros: “A noção de processo como garantia tem sua base na Constituição, sendo co-dependente dos direitos fundamentais. Assim, o que sustenta a noção de processo como garantia são os princípios constitucionais do processo definidos no texto constitucional”. (BARROS, 2008, p. 14)

⁷⁶ “É como se as Constituições tivessem duas partes: uma pela qual se instrumenta o Estado, se organiza o poder político; e a outra consistente em munir o súdito do Estado, ou melhor, todos aqueles que estão sob a jurisdição estatal das prerrogativas que lhe permitam preservar aquela condição do homem para o gozo da liberdade e da responsabilidade pessoal. A Carta Magna ao mesmo tempo em que aumenta os direitos individuais, subtrai as competências do poder estatal. É por isso que o papel desses direitos individuais é de transcendental importância porque eles não só definem essa área de livre atuação pessoal como também delimitam o exercício do poder público, e consequentemente, são direitos a vigorarem em situações em que haja condições políticas para tanto.” (BASTOS, 2002, p. 263-264)

As normas constitucionais são dotadas de valor hierárquico⁷⁷ absoluto, pois elas se encontram no topo do ordenamento jurídico e sua superioridade implica no princípio da conformidade de todos os atos jurídicos à Constituição. (VARGAS, 1992, p. 56) Partindo-se da ideia de que a Constituição é hierarquicamente superior pela sua posição, natureza e função no âmbito do ordenamento jurídico, não há que se buscar alternativa à sua aplicação. (MENDES, 2009, p. 14-17) Uma democracia⁷⁸ se consolida quando o poder estatal apreende que a Constituição é a explicitação do contrato social e o estatuto jurídico político. (STRECK, 2009, p. 4)

O direito no Estado Democrático de Direito está sob riscos constantes, pois, de um lado ele corre o risco de perder sua autonomia em virtude de fortes ataques daqueles que se afastam dos princípios constitucionais, e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da arbitrariedade das decisões judiciais e de seu consequente decisionismo. Ainda, há a vasta produção legislativa que na maioria das vezes parece tender a enfraquecer a força constitucional, principalmente no que tange aos princípios do devido processo legal, do contraditório e do acesso à justiça, tornando-se cada vez mais perceptível pelo conjunto de leis processuais que buscam assegurar efetividades quantitativas, afastando-se da efetividade qualitativa. (STRECK, 2009, p. 16)

O constitucionalismo⁷⁹ contemporâneo preocupa-se cada vez mais com a proteção dos direitos fundamentais, principalmente com sua efetivação a partir do processo constitucional. Somente o reconhecimento dos direitos fundamentais na Constituição não é suficiente para que os mesmos tenham efetividade prática, havendo necessidade de que eles venham acompanhados de garantias que lhes assegurem o seu exercício. (BARACHO, 2008, p. 53-54)

O princípio da economia processual não abrange a redução de atividades em violação ao direito fundamental da ampla defesa e do contraditório. Parâmetros financeiros de custo-benefício, que afastam garantias constitucionais não podem prosperar, pois a vantagem

⁷⁷ Desde a teoria elaborada por Kelsen da pirâmide jurídica, concebendo uma estrutura hierarquizada de normas jurídicas, a Constituição passou a ocupar seu vértice, servindo de norte para todo o ordenamento jurídico. A teoria de Kelsen foi o ponto de partida para considerar a Constituição como o ordenamento jurídico fundamental e revestido de supremacia frente às demais normas. (DIAS, 2009, p. 277)

⁷⁸ Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “[...] a ideia fundamental de democracia, como dito, está relacionada à fonte de legitimação do poder, que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado, uno e indivisível, motivo pelo qual, somente assim, pode ser considerado poder de direito”. (BRÊTAS, 2005, p. 159)

⁷⁹ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ressalta que “[...] não se pode mais cogitar de um Estado, qualquer que seja seu conceito e justificação, sem as modernas e importantes qualidades identificadas pelo marcante fenômeno do constitucionalismo, que são o Estado de Direito e o Estado Democrático. Tem-se, portanto, um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito.” (DIAS, 2004)

buscada pela lei processual é assegurar o direito-garantia à ampla defesa, contraditório e isonomia⁸⁰. (LEAL, 2010, p. 115-116)

Para Marcelo Cunha Araújo o devido processo constitucional democrático é o conjunto mínimo de características previstas constitucionalmente, que, a partir do momento que são reconhecidas, conferem ao processo a característica de direito-garantia fundamental do cidadão⁸¹, vez que permite sua participação na aplicação do direito. (ARAÚJO, 2003, p. 97-98)

A instrução preliminar não deve se ater à atuação exclusiva do delegado de polícia, do Ministério Público ou do juiz quando da requisição de algum meio de prova. A atuação estatal, por meio da instrução preliminar, deve se dar de forma democrática, afastando-se a vontade e posicionamento exclusivos de um único aplicador do texto legal.

A manifestação estatal não deve se dar por um ato solitário do intérprete e aplicador da norma, mas deve ser construída a partir da observância do devido processo constitucional por meio da garantia fundamental do devido processo legal. O devido processo permite que a manifestação estatal seja construída a partir dos argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão os efeitos da manifestação estatal. O devido processo legal é um dos alicerces do processo constitucional, consagrando a aplicação do direito desvinculada de elementos subjetivos, assegurando maior segurança da manifestação, pois em conformidade com o ordenamento jurídico. (DIAS, 2009, p. 292)

Quando da realização de meios de provas irrepetíveis, a manifestação de poder estatal deve se dar a partir dos argumentos elaborados pelos interessados, afastando o subjetivismo da autoridade policial com a judicialização desse meio de prova.

Toda atuação do Estado deve estar balizada pelos princípios e regras constitucionais, norteada pelo processo constitucional, objetivando a imperativa e imparcial realização do

⁸⁰ O espaço-político de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia, da isegoria e da isocritica em que haja, portanto, em sua base decisória igualdade de todos perante a lei (isonomia), de igualdade de interpretar a lei (isegoria) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocritica). Essa situação jurídico-processual devida é que permitirá a enunciação das democracias como governo da totalidade social concreta, isto é: povo concretizador e criador da sua própria igualdade jurídica pelo devido processo constitucional. (LEAL, 2001, p. 22-23)

⁸¹ Para Carlos Henrique Soares, “a validade ou invalidade de um discurso jurídico reside em indagar qual é a legitimidade jurisdicional de sua fonte de produção. No Estado Democrático de Direito a fonte legitimadora do discurso jurídico é o povo. Nesse paradigma, os destinatários das decisões jurídicas podem, ao mesmo tempo, se reconhecer como autores das decisões”. (SOARES, 2004, p. 171) O Estado Democrático de Direito apresenta duas vertentes norteadoras: “A teorização do Estado de direito democrático centrou-se até aqui em duas ideias básicas: o Estado limitado pelo direito e o poder político estatal legitimado pelo povo. O direito é o direito interno do Estado; o poder democrático é o poder do povo que reside no território do Estado ou pertence ao Estado.” (CANOTILHO, 2002, p. 231) Para Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias povo é “a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres” e “no Estado Democrático, o povo pode e deve exercer participação ostensiva e preponderante na resolução dos problemas e questões nacionais [...], principalmente, por meio do processo constitucional”. (DIAS, 2010, p. 59 e 64)

ordenamento jurídico. O processo constitucional impõe a observância de um conjunto mínimo de características próprias que sejam capazes de garantir um espaço discursivo inserido no Estado Democrático de Direito, visando a construção e a aplicação da legislação ao caso concreto.

Os direitos fundamentais vinculam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, como direitos diretamente aplicáveis. (BARACHO, 2008, p. 54) Os direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa tem aplicação não só na fase processual, mas também na instrução preliminar quando realizadas provas urgentes, assim, as garantias previstas constitucionalmente serão asseguradas ao investigado.

O contencioso constitucional dos direitos fundamentais, através dos princípios do processo constitucional, tem ampliado os direitos fundamentais protegíveis pelos remédios constitucionais, objetivando solidificar os conceitos e as práticas da vida, da liberdade, da igualdade e da não discriminação das pessoas, bem como a proteção da honra, da intimidade, da privacidade e da própria imagem.

A teoria geral dos direitos fundamentais vem recebendo diversos complementos para a sua concepção moderna, inclusive no que se refere à ampliação de seu conteúdo e às possibilidades de sua eficácia e eficiência, através de mecanismos processuais, com base na Teoria da Constituição e da Teoria geral do processo, com referências ao sentido político e jurídico da Constituição, através de concepções sobre supremacia e suprallegalidade constitucional. (BARACHO, 2008, p. 55)

O processo constitucional visa efetivar os direitos fundamentais, como a garantia do direito à defesa em qualquer órgão ou grau de procedimento, pois a defesa é um direito inviolável. *A garantia efetiva do direito de defesa é essencial no processo constitucional, exclui os atos singulares de caráter discricionário, pré-constituído o juízo.* (BARACHO, 2008, p. 56-57)

O processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional⁸², protegendo e resguardando os princípios constitucionais. O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente se não vierem acompanhados das garantias que irão assegurar a efetividade de seu livre exercício⁸³. (BARACHO, 2008, p. 45)

⁸² “Torna-se evidente que, se o homem não se submeter às instituições jurídicas democráticas por ele próprio construídas, haverá inexoravelmente o regresso à barbárie, ainda que tenhamos um considerável desenvolvimento tecnológico. É que estranhamente o homem vem-se colocando acima das instituições jurídicas por ele criadas, num incitamento obsessivo ao culto de poderes estatais ou personalidades supostamente salvadoras, mesmo que já saibamos que só as instituições jurídicas é que dessacralizam e impessoalizam o exercício do Direito e enxotam o paternalismo estatal (executivo, jurisdicional ou legislativo) e das corporações que tanto vêm estiolando o homem na busca da cidadania plena e da Democracia Jurídica na edificação dos direitos fundamentais à vida, igualdade e dignidade mínima, e à fiscalidade processual como irrestrito e incessante controle de constitucionalidade e legitimidade das leis”. (LEAL, 2010, p. 67)

⁸³ No mesmo sentido: “O Processo Constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista”. (BARACHO, 1997, p. 119-121)

Partindo-se da necessidade da manutenção de um ordenamento jurídico harmônico, da supremacia constitucional e consequente leitura dos institutos processuais em consonância com a Constituição, necessária se faz uma leitura constitucionalizada⁸⁴ da instrução preliminar, afastando-a da tradição inquisitorial e da unilateralidade na formação do conhecimento, com a consequente adequação à acusatoriedade quando da produção de provas urgentes, uma vez que a fase preliminar tem repercussão processual, pois muitas vezes realiza meios de provas que serão aproveitados no processo.

⁸⁴ “Uma interpretação constitucionalmente adequada passa pela noção de que o modelo constitucional do processo é uma base principiológica uníssona, na qual os princípios que o integram são vistos de maneira co-dependente. Ou seja, ao desrespeitar um dos princípios se afeta também, de forma reflexa, os outros princípios fundantes. Contudo, todos os princípios têm o seu conteúdo específico e diferenciador. Em outras palavras, tais princípios são vistos como co-dependentes no sentido que, apesar de cada um possuir seu espectro de atuação visto isoladamente, os referidos princípios formam uma base uníssona indissociável, na qual a observância a um princípio é condição para o respeito dos demais”. (BARROS, 2008, p. 16-17)

4 DA SUPERAÇÃO DA TRADIÇÃO INQUISITORIAL NA INSTRUÇÃO PRELIMINAR

4.1 Inteligência do artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988

Aspecto importante a ser apreciado é a análise do alcance do artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988.

Quando o legislador diz que são assegurados o contraditório e a ampla defesa aos acusados em geral, a partir de uma leitura hermenêutica, existem vários graus de acusação, ou seja, há graduação no grau de incriminação. No caso da instrução preliminar, basta que se atribua a prática de determinado ilícito a alguém para que se tenha uma imputação, mesmo que sem o indiciamento, integrando a instrução preliminar à acusação em sentido amplo.

O texto constitucional é abrangente, visa assegurar a participação dos interessados tanto em processo judicial como em administrativo. Para evitar dúvida sobre seu alcance, a Constituição assegura a participação aos *acusados em geral*. Como o texto constitucional fez referência somente aos processos judicial e administrativo, tradicionalmente sustenta-se não ser possível a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na instrução preliminar brasileira, por não tratar-se de fase processual.

Não há que se afastar o investigado da instrução preliminar, pois é inegável que ele se encontra sob a condição de *acusados em geral*, uma vez que a investigação e o indiciamento são formas de imputação em sentido amplo. O direito de defesa é um direito natural imprescindível. Inobstante, exige especial atenção o grave dilema que pode gerar se utilizado sem restrições, pois ele poderia criar sérios riscos para a finalidade de existência da instrução preliminar. Por outro lado, a absoluta inexistência de defesa viola os mais elementares postulados do moderno processo penal. Assim, necessário se faz o encontro de um ponto em comum para a existência e harmonia desses institutos. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 354)

Garantir a participação daqueles que poderão ser atingidos pelo provimento estatal dá maior legitimidade à manifestação de poder.

Contraditório traduz-se na efetiva participação do acusado na instrução do processo, ativa e crítica, de modo que ele produza suas próprias razões e provas e que possa contestar argumentos e formação probatória que lhe sejam desfavoráveis. O contraditório reflete um diálogo, uma alternância bilateral da manifestação das partes conforme a fase do processo e a decisão final. A eficiência do contraditório depende que seja sopesada a dialética processual. É inerente ao exercício da ampla defesa que o indiciado tenha conhecimento do que está sendo acusado, ou qual infração foi por ele supostamente cometida, além de

todos os detalhes necessários para a elaboração da defesa. [...] Em síntese, o direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de observância das normas processuais e de todos os princípios incidentes sobre o processo. (BACELLAR FILHO, 2008, p. 91)

No plano dos Tratados Internacionais, o Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, de 21/11/1969) por meio do Decreto nº 678/92, de modo que suas disposições passaram a integrar o ordenamento jurídico interno nos termos do artigo 5º, §2º da Constituição⁸⁵.

O contraditório e a ampla defesa estão presentes em diplomas internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica⁸⁶, que enumera no artigo 8º, dentre as garantias mínimas, o direito de toda pessoa ser comunicada previamente da acusação realizada.

Quando o texto constitucional diz que *são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*, entende ser sua incidência, de forma expressa, também aos procedimentos administrativos, abrangendo assim a instrução preliminar quando produzir meios de provas urgentes, por meio do incidente probatório.

A Constituição foi sábia quando utilizou a expressão acusados em geral, ou seja, em sentido amplo, pois a imputação da instrução preliminar integra a acusação em sentido amplo, não dizendo respeito somente à acusação formal exigida para o início da ação penal.

⁸⁵ §2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁸⁶ Artigo 8 da Convenção Americana de Direitos Fundamentais (Pacto de S José da Costa Rica)

Garantias Judiciais

1. 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, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
 - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

A postura do legislador no artigo 5º, LV trouxe confusão terminológica em se falar processo administrativo quando deveria ser procedimento, não podendo servir de obstáculo para sua aplicação na instrução preliminar. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para seu reconhecimento nessa fase. Sucede que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, pois não deixa de ser uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal, que é vinculada ao exercício da ação penal, e com um claro intuito de proteger também o indiciado. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 329)

O só fato da existência da investigação pela prática de algum crime, mesmo sem ter sido ainda indiciado, já constitui uma imputação, não havendo que se falar em acusação somente no momento do oferecimento da denúncia ou queixa. Se essa mesma imputação fosse realizada no processo, o contraditório e o direito de defesa seriam assegurados, no entanto, tratando-se de fase que antecede à processual, rejeita-se sua aplicação. O fato da Constituição mencionar acusados e não indiciados, não serve de impedimento para sua aplicação na instrução preliminar.

Ainda que o direito de defesa tenha previsão constitucional, a forma como é conduzida a instrução preliminar brasileira e os regramentos da legislação processual não deixam espaço para a defesa técnica atuar; havendo praticamente uma única hipótese de efetiva participação, que é o pedido de diligências, nos termos do artigo 14 do Código de Processo Penal.

Como a atuação da defesa na fase preliminar é extremamente diminuída, para sanar eventual infringência ao contraditório e ampla defesa podem ser utilizadas as medidas constitucionais, como o mandado de segurança e o habeas corpus, na tentativa de amenizar e dar efetividade ao direito de defesa assegurado constitucionalmente.

A Constituição foi sábia quando assegurou o contraditório e ampla defesa sempre que houver manifestação do poder estatal, uma vez que a presença do defensor deve ser concebida como instrumento de controle da atuação do Estado e de seus órgãos no processo penal, garantindo o respeito à lei e à justiça.

O direito de defesa é o direito de se contrapor a algo, é o direito de réplica que nasce com qualquer forma de imputação, diferentemente do modelo inquisitorial, onde o Estado realizava a investigação, promovia a acusação, desempenhava a defesa e também decidia; todos os atos concentravam-se nas mãos de um único ente, sem qualquer direito de

participação de terceiros, a força estatal era utilizada como perseguição e forma de manter a sociedade sob seu controle.

4.2 Antecipação de meios de provas no contexto do Processo Constitucional Acusatório

Inicialmente cumpre destacar que os atos produzidos na instrução preliminar são distintos dos atos realizados na fase processual, uma vez que a finalidade da fase preliminar, conforme o próprio nome sugere, é diferente da fase judicial, pois visa apurar indícios de autoria e materialidade e por tratar-se de procedimento preparatório. A instrução preliminar apura o fato em grau suficiente para afirmar a sua materialidade e autoria, ou seja, a probabilidade de materialidade e autoria, não devendo conhecer profundamente da matéria, pois se assim não o fosse, a autoridade policial estaria realizando cognição plena e não sumária.

A partir da leitura constitucional, os princípios devem conviver em harmonia uns com os outros, assim, não há que afastá-los da fase preliminar. No entanto, deve-se tomar o cuidado para a instrução preliminar não ser transvestida em fase processual, com o adiantamento de atos que devam ser reservados ao processo.

Não há que se imprimir ao inquérito policial a estrutura dialética do processo. Ao mesmo tempo, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa não podem abandonar a instrução preliminar. Assim, surge o problema, como equilibrar um instituto com características inquisitoriais à Constituição?

A polícia judiciária é reticente em utilizar os princípios constitucionais, transparecendo a ideia de que a Constituição é que deve adequar-se ao Código de Processo Penal. Deve ser levado em conta que a legislação processual foi pensada em período extremamente totalitário que primava pela concentração de poder e essa tradição perpassou ao longo dos anos.

Interpretar a instrução preliminar no contexto de um processo constitucional acusatório exige o afastamento da tradição inquisitorial. Não só o processo, mas também a instrução preliminar deve ser interpretada como garantia. Garantia de ser um procedimento preparatório de um ato de poder estatal que é regulado pelos preceitos constitucionais.

A mentalidade inquisitória deve ser rechaçada, uma vez que nessa fase é produzido conhecimento, o Estado busca elementos para imputar ao suposto autor do delito a materialidade e a autoria. Através da instrução é que a autoridade policial chegará a essa

conclusão, ou seja, a esse conhecimento que não deverá ser buscado de forma isolada. Deve ser afastado o monopólio da investigação, assim como o solipsismo estatal⁸⁷.

Através da fala autorizada de poder afasta-se a argumentação jurídica, pois se tem pronto e acabado o discurso autoritário que é dado como correto para a mitológica busca da verdade. Se se tem uma fala autorizada, a fala do investigado não importa e nem exercerá influência em qualquer manifestação estatal.

Apesar do contraditório e da ampla defesa estarem elencados dentre os princípios constitucionais, eles estão muito limitados na fase preliminar, para não se dizer que estão praticamente extintos da instrução preliminar. Sua participação é elidida da produção da prova urgente e irrepitível. Como essa prova não será reproduzida durante a instrução processual, o investigado estará excluído da possibilidade de participar da formação dos elementos de convicção.

As inovações, anos passados da edição do texto constitucional, a bem da verdade ainda não foram completamente assimiladas pelo pensamento conservador dominante no processo penal e a prática policial a duras penas contentou-se com a nova realidade, não sem antes manifestar seu descontentamento com a nova postura do Texto Político que, no entender de alguns, seria a fonte de toda a ineficácia do sistema punitivo.

A prática policialesca que muito inspirou a produção investigativa por anos a fio não conseguia ver nesse novo momento uma adequação aos valores do processo penal acusatório. Mais uma vez aqui se encontra um exemplo do tortuoso raciocínio que equipara ‘eficiência’ da repressão criminal com supressão das garantias individuais e desrespeito ao cidadão. (CHOUKR, 2001, p. 142)

As leis processuais devem existir em consonância com a Constituição. Contraditório, ampla defesa e isonomia são princípios⁸⁸ que sem os quais não há que se falar em processo

⁸⁷ De acordo com Lenio Luiz Streck, “mediante o discurso do protagonismo judicial, típico da socialização do processo, vai-se esvaziando o papel técnico e democrático do processo e vai-se idealizando e amalgamando a ideia de que este somente serve para legitimar as decisões dos agentes políticos, quando não é analisado como formalismo que cria embaraços e protela o auferimento de direitos pelo cliente-consumidor da ‘prestação de serviços’ judiciais”. (STRECK, 2010, p. 8 e 210)

⁸⁸ Rosemiro Pereira Leal, baseado na Teoria do Direito, indaga o que significaria princípio. “Princípio é o marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente dedutivo, genérico e desdobrável, é balizador de conceitos que lhe são inferentes. Quando o princípio é específico, assume este o nome de premissa legal e não comporta generalizações maiores que seu explícito e próprio enunciado. Enquanto o princípio é referente de invariância perene, as demais consequências lógicas dessa operação interpretativa expressam-se em pressupostos e fundamentos. Os pressupostos, como inferentes lógico-jurídicos, inscrevem-se na órbita imperativa (prescritiva) do princípio, equivalendo a conceitos específicos, explícitos e infecundos que não permitem flexibilização incompatível com o conteúdo principiológico que lhes deu causa. Os fundamentos são pressupostos que atuam genericamente ao longo da estruturada linguagem ou texto legal, irredutíveis a novas hipóteses, porque, no dizer de Heidegger, decorrem da ‘liberdade finita’ que o discurso impõe a si mesmo. O Direito, como discurso sistematizado pela lei positiva, estabelece seus princípios, pressupostos, premissas e fundamentos a partir do texto legal, pois tais elementos lógicos não são preexistentes ao discurso jurídico, mas contemporâneos à existência da lei que os institui”. (LEAL, 2010, p. 96-97)

com sua atual leitura de garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais. (LEAL, 2010, p. 94-96)

A situação do investigado na instrução preliminar é bem diferente do processo, pois a instrução preliminar pode nascer, desenvolver e encerrar sem a sua presença, diferentemente do que ocorre no processo, uma vez que o mesmo somente estará formado com a citação válida do acusado. Ainda, apesar de falarmos que o investigado é sujeito passivo da investigação, sua situação é bastante peculiar. Quando se fala em sujeito passivo, esse sujeito goza de uma série de direitos, ou seja, é considerado um sujeito de direitos⁸⁹, no entanto, na fase preliminar existe forte tendência em ser tratado como mero objeto da investigação.

Consequentemente, se o investigado é visto como um mero objeto da instrução preliminar, afasta-se a presença do contraditório e da ampla defesa, sob a justificativa de se dar abertura a um risco veemente de tumultuar as investigações e de não se apurar o crime adequadamente.

La investigación preparatoria se legitima, como actividad cautelar, por el ‘temor de un daño jurídico’, vale decir, ante el temor de que si el Estado no obra inmediatamente después de planteada la hipótesis del delito, se oculte la verdad y se torne inaplicable la ley penal, ya sea por desaparición o adulteración de las pruebas, ya sea porque el delincuente logre eludir la acción de la justicia; y que debe ser perfectamente reglada por el derecho objetivo, a fin de asegurar la limitación impuesta por el derecho subjetivo del imputado⁹⁰. (MARICONDE, 1968, p. 387-388)

⁸⁹ STF: HC 73.271-SP, Rel. Min. Celso Mello, Dje. 04.10.1996. Inquérito Policial – Unilateralidade – A situação jurídica do indiciado. O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto *dominus litis* – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias legais e constitucionais, cuja observância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.

⁹⁰ A investigação preparatória é legitimada como uma atividade de precaução, pelo "receio de dano jurídico", ou seja, temendo que, se o Estado não agir imediatamente levantou a hipótese de delito, escondendo a verdade e torna-se irrelevante direito penal, seja por perda ou alteração de provas, ou porque o agressor conseguir escapar à justiça, e ser perfeitamente regulado para a finalidade certa, para garantir a limitação imposta pelo direito individual de réu. Tradução livre.

Na instrução preliminar não existem partes, mas meros sujeitos⁹¹, essa fase não se trata de um processo penal em sentido estrito[...] Nessa fase ainda não é exercida jurisdição em sentido estrito, pois, mesmo quando há intervenção judicial nesse momento, as atividades exercidas pelo juiz não são propriamente jurisdicionais, senão judiciais e muitas vezes meramente administrativas. Assim, diante da atual instrução preliminar brasileira, o papel do juiz quando de sua intervenção na investigação, restringe-se a assegurar a observância de determinadas garantias e sua atuação é contingente, não existindo sentença, mas meras decisões interlocutórias. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 305)

Dentro de sua discricionariedade, quando o delegado de polícia intima alguém com a finalidade de comunicá-lo de seu indiciamento, já podemos falar em existência de certa imputação, pois, formalmente ele é informado que passa a ser o principal suspeito da prática do crime. Ainda, quando ele presta depoimento na instrução preliminar, na condição de investigado ou indiciado, vige o direito à não obrigatoriedade de produzir provas contra si, podendo ficar em silêncio. Se ele pode ficar em silêncio, reservando-se no direito de prestar declarações em juízo, contra ele já existe uma imputação, senão não teria esse direito e sim o compromisso com a verdade que é conferido à testemunha⁹². Interpretação essa em harmonia com a legislação processual que tem previsão do direito ao silêncio na fase processual e em perfeita harmonia com o texto constitucional, nos termos da proibição da auto-incriminação. Assim, desde logo é considerado sujeito de direitos, uma vez que contra ele existe uma imputação, restando indiscutível a existência da atuação estatal claramente coercitiva contra aquele que a polícia judiciária investiga ou indicia.

Segundo Franco Cordero, *o sucesso do método inquisitorial é sua eficiência*. (CORDERO, 2000, p. 16-20) Nos termos do modelo inquisitorial, a tradição mostra que a marca maior da eficiência é a confissão. A inquisitorialidade permite agilidade nas

⁹¹ “Participante é uma denominação genérica e que se refere a qualquer pessoa que contribua para o desenvolvimento do processo penal. Mais restrito, sujeitos são aquelas pessoas essenciais para a sobrevivência do processo penal e sem as quais não existiria o processo; logo, refere-se aos sujeitos ativo e passivo e ao juiz. Todavia, mais restrito é o conceito de partes, pois está reservado a quem, no processo, formula ante outro uma pretensão acusatória (parte ativa) e contra quem é formulada essa pretensão (parte passiva). Logo, só podemos falar em partes na fase processual. Também a ideia de parte está relacionada a um determinado status jurídico, que somente se atribui a determinadas pessoas que intervêm no processo, reconhecendo-se-lhes cargas e direitos de natureza processual”. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 305)

⁹² Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

investigações, otimizando a atuação da autoridade policial na agilidade que o Estado possui para investigar o crime e descobrir a autoria.

É um erro imaginar que a maior efetividade da instrução preliminar virá da não intervenção do investigado, pois, não há dúvidas de que o esclarecimento dos fatos brota do contraditório. A ausência da intervenção da defesa torna impossível o controle das discussões e possibilita os erros de interpretação ou omissões, que a presença do defensor haveria evitado. Frente à incerteza que emerge da ignorância do órgão encarregado da investigação, muitos meios de provas são realizados inutilmente, quando poderiam ter sido evitados ao se conhecer determinadas testemunhas ou outros elementos de que dispõe a defesa. O segredo interno é sempre perigoso e, por ser caráter unilateral, cria um campo fértil para fazer brotar a incerteza e a injustiça. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 134)

Na fase preliminar também deve ser assegurada a discursividade entre a autoridade policial e o investigado ou indiciado. A autoridade policial não pode se opor ao exercício das garantias previstas na Constituição, pois é através da participação que o provimento estatal terá legitimidade. No Estado Democrático de Direito os direitos e garantias fundamentais servem também para dar equilíbrio de forças entre o Estado e aquele contra o qual ele exerce suas atividades. O exercício de suas funções pode se dar na esfera legislativa, judiciária ou executiva.

A polícia judiciária não pode estar transvestida da figura do extinto juiz inquisidor, pois, nos moldes atuais, o delegado de polícia exerce atividades semelhantes à do inquisidor, que vai na contramão do Estado Democrático de Direito.

O amplo rol de garantias constitucionais tende a aproximar-se cada vez mais da igualdade de meios de atuação dos legitimados e afastar a disparidade que ainda persiste em permanecer no vigente ordenamento jurídico.

Quando se fala em tratamento igualitário, necessário se faz a menção ao princípio da isonomia, que é direito-garantia constitucionalizado indispensável, uma vez que a igualdade diz respeito à oportunidade temporal de dizer e contradizer entre as partes, para a construção do provimento estatal. Conforme ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, a afirmação de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, pois, o dizer e o contradizer, no regime de liberdade assegurada em lei, não se opera pela distinção do economicamente igual ou desigual. (LEAL, 2010, p. 98)

O processo constitucional efetiva-se através da consagração de procedimentos que garantam os direitos das partes, outorgando-lhes oportunidade razoável de defesa. Sempre deve ser assegurada a efetiva igualdade das partes. (BARACHO, 1999, p. 90)

Existe na instrução preliminar efetiva instrução criminal, tanto provisória quanto definitiva. Se assim não o fosse, não haveria como justificar o recebimento ou não da denúncia, as buscas e apreensões, as perícias, os atos decisórios de arquivamento da investigação. (PITOMBO, 1991, p. 39)

Ainda, a partir da instrução preliminar é que a autoridade policial aponta a autoria, co-autoria ou participação, além disso, a partir da instrução é que é feita a narrativa fática e se entender necessário, a capitulação do fato delituoso. Atualmente, na instrução preliminar é que são colhidos os meios de provas mais importantes e, conseqüentemente, eles é que irão robustecer a atividade do Ministério Público.

Vale lembrar que na instrução preliminar não são produzidos meros atos de investigação, uma vez que os elementos dessa fase são aptos e suficientes para a comprovação dos requisitos da prisão preventiva, que poderá ser decretada pelo juiz em qualquer momento da investigação; podendo, então, ter o indiciado interesse em que fique demonstrada a inocorrência daqueles requisitos que deram ensejo ao decreto prisional, e, neste particular, especialmente na obtenção de fontes de provas relativas às causas de exclusão do crime, também chamadas justificativas penais, impeditivas que são do decreto de prisão⁹³. Poderá, ainda, interessar-se em ver coligidas fontes de provas que contra indiquem a denúncia. Ainda, esclarece José Barcelos de Souza que no caso da realização de exames periciais, cujo valor probante repercutirá na própria sentença final, *não terá possibilidade de ser repetidos em juízo, quando já passada a época em que se mostravam oportunos, e à defesa poderá parecer conveniente o esclarecimento de alguma circunstância*. (SOUZA, 1980, p. 20)

A atuação da defesa na fase preliminar tem sido colocada com um desvio de percepção evidente. Tenta-se afastar o direito de defesa e o contraditório da fase preliminar, na pressuposição de que eles militariam contra a necessidade da eficiência investigativa, em verdadeiro obstáculo à boa atuação da polícia judiciária⁹⁴.

A participação na busca do conhecimento deve ser facultada a todo aquele que de alguma forma possa ser atingido pela manifestação estatal, através dela é que será firmada a

⁹³ Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

⁹⁴ Nesse sentido o argentino Alfredo Vélez Mariconde: "La investigación preparatoria se legitima, como actividad cautelar, por el 'temor de un daño jurídico', vale decir, ante el temor de que si el Estado no obra inmediatamente después de planteada la hipótesis del delito, se oculte la verdad y se torne inaplicable la ley penal, ya sea por desaparición o adulteración de las pruebas, ya sea porque el delincuente logre eludir la acción de la justicia; y que debe ser perfectamente reglada por el derecho objetivo, a fin de asegurar la limitación impuesta por el derecho subjetivo del imputado". (VÉLEZ MARICONDE, 1968, p. 387-388)

dialogicidade para a construção do conhecimento, afastando eventuais arbitrariedades, bem como resquícios do modelo inquisitorial que persistem em existir.

Para Carlos Henrique Soares *o advogado é elemento garantidor do efetivo exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa e da estruturação dos procedimentos jurisdicionais, seja ele, ordinário, sumário, especial ou extraordinário bem como na realização da prestação jurisdicional*. (SOARES, 2004, p. 174)

O contraditório na instrução preliminar⁹⁵ não será empreendido da mesma forma como no processo, mas sempre deverá ser observado quando da realização de meios de provas irrepetíveis. Afinal de contas, a fase preliminar serve para preparar o processo e não para substituir a fase processual ou adiantar meios de prova que devam ser realizados em momento posterior.

A partir da instrução preliminar já se fixa o que será debatido no processo. Assim, como pode ser afirmado que o investigado não tem interesse⁹⁶ em participar dessa fase desde logo, com o esclarecimento sobre a investigação e apontar fontes ou meios de provas⁹⁷?

⁹⁵ Em 05 de fevereiro de 2004, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança número 24.268-0 – Minas Gerais, nos termos do voto do relator Ministro Gilmar Mendes, importante e respeitável pronunciamento foi produzido no que diz respeito ao processo constitucional frente ao atual Estado Democrático de Direito, destacando-se a importância do princípio do contraditório e do princípio da fundamentação de todas as decisões. Mandado de Segurança nº 24.268-0 – Minas Gerais, julgamento em 05.02.2004, publicado no Diário do Judiciário em 17.09.2004, Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes.

⁹⁶ O Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus nº 82.354 de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 24.09.2004, apresetou relevantes considerações sobre a proteção a ser dada ao investigado no curso do inquérito policial. Os direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito devem ser assegurados, não podendo entrar em conflito com o contraditório e ampla defesa, pois ambos devem conviver em harmonia. Segue ementa: “I. Habeas corpus: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial. 1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. 2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado - como tal, questionável mediante mandado de segurança - e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado - por isso legitimado a figurar como paciente no habeas corpus voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores. II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a

O Estado deve estrita obediência à legalidade, tanto sob o aspecto do interesse de punir quanto sob o aspecto do interesse de não punir, devendo sempre zelar pela integridade da pessoa do investigado.

Conforme afirma Coutinho, no Brasil é comum a condenação *a partir de juízos formados com base na prova do inquérito policial*. (COUTINHO, 1997, p. 131) Corriqueira também a condenação com base nos meios de prova produzidos judicialmente em cotejo com o que foi realizado na instrução preliminar.

A instrução preliminar *representa, por si só, uma espécie de poder capaz de afetar gravemente o patrimônio de direitos da pessoa investigada*, assim, merecendo proteção constitucional. (PRADO, 2005, p. 132)

Nos moldes de um modelo acusatório, que reconhece garantias ao investigado, toda garantia *deve ser exercida durante todo o processo e, de maneira mais intensa, durante a investigação, já que as possibilidades de abalar todas as garantias processuais ocorrem, primordialmente, nesta fase*. (BINDER, 2003, p. 120)

Deve-se afastar a ideia de que a instrução preliminar é mero ato administrativo de investigação e, assim, não goza o investigado de garantias, sob a falácia de que a investigação não exercerá influência na fase processual⁹⁸. Deve-se zelar pela preservação da dignidade da

assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. 5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição”.

⁹⁷ Marta Saad assevera que "o inquérito policial traz elementos que não apenas informam, mas de fato instruem, convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos das testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstituição do crime. Assim, não é senão em consequência do inquérito que se conserva alguém preso em flagrante: que a prisão preventiva será decretada, em qualquer fase dele, mediante representação da autoridade policial, quando houver prova da existência de crime e indícios suficientes da autoria, e como garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal; que a autoridade cumpre averiguar a vida pregressa do indiciado, resultando dessa providência, como é sabido, sensíveis repercussões na graduação da pena". (SAAD, 2004, p. 160)

⁹⁸ A instrução preliminar gera grande influência na fase processual. “A consequência extraída de todo o desvirtuamento apresentado reside na transformação da justiça criminal em herdeira e, em muitos casos, apenas repetidora de tudo quanto foi feito na etapa investigativa. A questão vai além da crítica exposta por Galdino no que tange à duplicidade de atos ou do temo da corrupção policial como fonte de impunidade. Toca fundo, na verdade, com o verdadeiro descompromisso que a justiça criminal *strictu sensu*, entendida basicamente como a desenvolvida na relação processual, passou a ter com a repressão criminal, satisfazendo-se quase que exclusivamente com aquilo que foi produzido em sede investigativa, no mais das vezes, no inquérito policial. Muito da cultura social que identifica a cultura social que identifica a justiça criminal com a atividade policial, é alimentada e alimenta o perverso funcionamento do sistema, que, como consequência prática, traduz a crítica de Galdino, na medida em que a ação nada mais é que uma retransmissora das

pessoa humana em qualquer fase da atuação estatal, uma vez que sua participação não gerará óbice à eficiência do trabalho investigativo⁹⁹.

4.3 Forma de captação de meios de provas irrepetíveis

Nos termos da legislação processual a instrução preliminar serve para a realização de atos de investigação, com a indicação de fontes de provas e o processo para a realização de meios de provas. No entanto, eventualmente haverá a necessidade da instrução preliminar antecipar meios de provas que deveriam ser reservados à fase processual.

A instrução preliminar deve se ater aos atos de investigação. A finalidade desses atos é encerrada quando do oferecimento da denúncia ou queixa, ou seja, com a acusação formal. Além de servir para sustentar a acusação, é através dos atos de investigação que o juiz irá determinar medidas cautelares coercitivas. A instrução preliminar tem como referencial a instrução sumária, que visa apurar elementos para preparar a fase processual, que é diferente da instrução plenária, que visa exaurir todos os meios de provas e que não deve ser admitida

informações colhidas previamente”. (CHOUKR, 2001, p. 141) “Podemos concluir que, embora o inquérito policial seja legalmente uma instância administrativa, na prática, é muito mais do que isso. Para os policiais, o inquérito pode ser equiparado à investigação policial. A investigação policial não pode, porém, se limitar ao inquérito, pois ela foge muitas vezes do controle e do registro formal, abrangendo aptidões individuais e relacionais desenvolvidas com jeito para, e como jeito de, obter informação”. (MISSE, 2010, p. 93) Tanto não pode ser considerado como mero procedimento administrativo sem qualquer reflexo no processo que aqueles atos de provas produzidos nesse momento, como o exame de corpo de delito, atrelam o “*judgamento do meritum causae*”. (TUCCI, 1991, p. 107)

⁹⁹ Em pesquisa empírica sobre o inquérito policial, Miche Misse aponta a importância do método inquisitorial para o êxito das investigações. [...] podemos avaliar como as ambivalências da legislação e da tradição, assim como as mudanças introduzidas nos últimos anos nessa área, encontram solução nas práticas adotadas. E o quanto essas mudanças atravessam a fronteira de uma legalidade já por si considerada antiquada, inquisitorial, quando não autoritária, em direção a uma ilegalidade prática, sob a forma de uma ‘lógica em uso’ justificada pela eficiência. (MISSE, 2010, p. 13) Continua Misse com importante observação sobre o afastamento da lei pela busca incessante pela verdade pelos agentes estatais. “No entanto, essa ‘informalidade eficiente’ diminui tanto as garantias de direitos dos acusados quanto não foi capaz de aumentar a capacidade investigativa da polícia. Como se sabe, os estudos de fluxo do sistema de justiça criminal têm demonstrado que o principal bloqueio ao fluxo está entre a polícia e o Ministério Público e não no Judiciário, que responde pela lentidão. Logo, a eficiência das ‘adaptações’ ilegalmente admitidas no sistema não tem se revelado verdadeira, ou, dito de outro modo, o que há é uma ‘informalidade ineficiente’ em muitos casos. Como compreender, um pouco mais em detalhe, que essas adaptações ilegais se mantenham? Conhecemos as denúncias sobre arbitrariedades e a corrupção na polícia e nas demais instituições do sistema. No entanto, não estou me referindo a esse tipo de desvio da lei, feito sem apoio institucional e que parece, como no caso da metáfora das maçãs podres, como exceções individuais às normas institucionais. Refiro-me a desvios da lei geridos institucionalmente, por meio de acordos ou pactos informais que envolvem a polícia, o Ministério Público e o Judiciário e que continuam a ser mantidos em nome da racionalidade da gestão. (MISSE, 2010, p. 13) “Como figura regularmente ausente, o defensor, que aparecerá no seu estrito direito logo após a denúncia, deixa em evidência a sua desvantagem frente ao acúmulo de informação acusatória já existente desde a instauração dos inquéritos. Embora na tradição jurídica de nossos procedimentos não se veja nisso problema algum, é possível reconhecer no trabalho policial com os inquéritos – principalmente daqueles considerados bem sucedidos – uma orientação marcadamente inquisitorial que se torna evidente quando na hora de avaliar os critérios para a sua abertura, o principal indício é o de autoria. Trabalha-se em função de uma denúncia, da possível punição de um sujeito ‘incriminável’, e não em função do esclarecimento imparcial dos casos. (MISSE, 2010, p. 99)

na instrução preliminar, pois ultrapassa suas finalidades. Assim, após o recebimento da denúncia, encerra-se a utilidade dos atos realizados na instrução preliminar.

Partindo da premissa de que os atos realizados na instrução preliminar devem ser considerados meros atos de investigação, eles terão eficácia probatória limitada, pois não poderão servir como meio de prova no processo, uma vez que, por ser a instrução preliminar regida pela inquisitorialidade, tradicionalmente não se admite o reconhecimento do contraditório e da ampla defesa nesse momento. Não sendo admitidos referidos princípios, há de se questionar a amplitude dos atos ali produzidos, uma vez que princípios constitucionais não foram observados em sua integralidade.

A instrução preliminar é preparatória à fase processual e deixa de ser preparatória quando realiza meio de prova irrepitível. Diante da necessidade da produção de meios de provas em momento destinado à realização de atos de investigação, esses meios de provas devem ser realizados de forma diferenciada.

Se meios de provas forem realizados na instrução preliminar e futuramente aproveitados na fase processual com o mesmo valor daqueles produzidos em juízo, corre-se o risco sob pena de se produzir uma prova ilegítima ou ilícita, causando incomensuráveis prejuízos ao investigado.

Quando a instrução preliminar se afasta de sua finalidade precípua que é a de colher elementos para subsidiar eventual denúncia, questiona-se a legalidade dos meios de provas produzidos nesse momento, uma vez que o investigado fica submetido ao *regime procedimental do inquérito*, sem direito de defesa e contraditório. A realização de atos que não deveriam ser produzidos na instrução preliminar *viola a Constituição Federal, fazendo ilícitas, por ofensa à Carta Magna, as provas assim obtidas, porque nesta etapa as garantias constitucionais do investigado não estão presentes na sua forma plena.* (GOMES; SCLIAR, 2009)

Os meios de provas não repetíveis ou não renováveis são aqueles que, por sua própria natureza, têm que ser realizado pela autoridade policial no momento do seu descobrimento, ou no menor tempo possível, sob pena de perecimento ou impossibilidade de realização futura. Regra geral, trata-se de meios de provas técnicos que devem ser praticados no curso da instrução preliminar e cuja realização não pode ser deixada para momento futuro, ou seja, para a fase processual, pois será impossível. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 230-231)

A característica da irrepetibilidade do ato é que autoriza a colocação em pauta da presença do contraditório, tendo em vista que não haverá um pleno direito de defesa se não for possibilitada a intervenção do suspeito nesse momento¹⁰⁰. (CHOUKR, 2001, p. 134)

Se determinado meio de prova irrepetível for produzido na instrução preliminar sem a observância dos princípios constitucionais, esse ato não poderá ser utilizado em juízo, servindo apenas à fase preparatória e encerrando sua utilidade com o início da ação penal.

Quando da produção de meios de prova em juízo, deverá haver a judicialização em sua produção, sob pena de nulidade. Quando se concretiza um meio de prova fora do processo, e, futuramente, ele é utilizado com o mesmo valor dos meios de provas produzidos em juízo, deve-se judicializar esse ato, por meio do incidente de produção antecipada de meios de provas. Assim, devem ser resguardadas as mesmas garantias processuais, sob pena de desentranhamento do meio de prova dos autos, uma vez que realizado sem a observância do devido processo legal.

A instrução preliminar brasileira é regida por um modelo inquisitório, característica que afasta a possibilidade do contraditório e da ampla defesa. Ainda, recorrentemente utiliza-se o argumento da ineficácia das investigações caso os mesmos fossem admitidos. Entendimento contrário sustenta a possibilidade da aplicação de referidos princípios na fase preliminar, uma vez que a Constituição foi ampla, não restringindo sua aplicação, conforme passamos a demonstrar.

Quando não se reconhece o contraditório e a ampla defesa na instrução preliminar, não se analisa que tipos de atos são realizados nessa fase, se atos de provas ou atos de investigação. Outro motivo para não se aceitar a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa se dá pelo fato de que na instrução preliminar não existem partes como no processo, mas meros sujeitos. *A ideia de que contraditório exige partes é um dogma falso. Há contraditório, por exemplo, na jurisdição voluntária.* (DIDIER JR., 2009, p. 100).

Eugênio Pacelli entende não ser cabível o contraditório na instrução preliminar, pois, pelo fato do acusado poder indicar assistente técnico para a apreciação da perícia oficial, permitindo-lhe inclusive a apresentação de pareceres (art. 159, §5º do Código de Processo Penal) e esclarecimentos orais, não implica o estabelecimento do contraditório na fase de

¹⁰⁰ “Uma vez não admitida a garantia em tela na investigação, pois trata-se de mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público e que não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, deve ser ao máximo restringida a utilização em juízo dos elementos informativos colhidos na fase preparatória, cabendo excepcionar apenas aqueles que, pela sua natureza, não poderão mais ser repetidos. O uso indiscriminado de todos os demais configura sério atentado aos princípios do processo penal democrático”. (CHOUKR, 2001, p. 137)

investigação. E isso porque é a própria lei (art. 157, §4º do Código de Processo Penal) que esclarece, primeiro, que o assistente somente ingressa a partir de sua admissão pelo juiz e após a elaboração do laudo oficial e, depois, que a sua participação se dará no curso do processo judicial. *Não há previsão, portanto, de acompanhamento da perícia oficial, o que, com efeito, não implicaria a produção da respectiva prova em contraditório.* (OLIVEIRA, 2008, p. 42)

Apesar de negar a aplicabilidade do contraditório na instrução preliminar, Pacelli faz importante observação, pois não vê maiores inconvenientes na proposta, como o acompanhamento pela defesa da realização da perícia oficial, desde que seja ressalvado o sigilo para determinadas questões, incluídas entre as cautelares, como pode ocorrer com a representação da autoridade policial, ou o requerimento do Ministério Público, para fins de decretação de prisões cautelares ou autorização para busca e apreensões¹⁰¹, e, enfim, de quaisquer medidas que tragam a marca da urgência e que, por isso mesmo, poderão ser inviabilizadas se franqueado o seu conhecimento prévio ao interessado na sua ineficácia. (OLIVEIRA, 2008, p. 42) Esse posicionamento caminha em paralelo com a alteração realizada na legislação processual pela Lei 12.403/2011, mais precisamente a artigo 282, §3º que determina ao juiz intimar a parte contrária quando do recebimento de algum pedido de medida cautelar, desde que não seja urgente e não se corra o risco de perda de sua eficácia¹⁰².

Eugênio Pacelli não vê como acolher a ideia do contraditório e ampla defesa na instrução preliminar, embora a instauração da investigação criminal, por si só, já implique uma afetação no âmbito de espaço de cidadania plena do investigado, isto é, na constituição de sua dignidade pessoal e de sua reputação social, além do evidente transtorno na sua

¹⁰¹ No mesmo sentido: “Mesmo que não se restrinja a liberdade de locomoção do investigado ou que não seja imposta qualquer outra medida restritiva de direitos fundamentais (violabilidade de domicílio, interceptação telefônica, quebra de sigilo de dados, financeiros e fiscais, bloqueio de contas bancárias, sequestro de bens etc.), a simples instauração de uma investigação criminal lhe gera angústia e lhe impõe o rótulo de criminoso no meio social em que vive, ainda que se demonstre, posteriormente, que não estava envolvido na infração penal sob apuração. É em virtude desses fatores que também deve incidir na fase preliminar o sistema de controle das atividades processuais (freios e contrapesos), a ser exercido por advogados (na defesa dos direitos fundamentais dos investigados), pelo Poder Judiciário (no controle da legalidade dos atos de polícia judiciária e na autorização de medidas cautelares) e pelo Ministério Público (no exercício do controle externo da atividade policial)”. (LOPES, 2007, p. 10) Destaca Pitombo: “O processo penal, de índole condenatória, emerge sancionatório, pouco importando-lhe o resultado. O imputado sofre o processo. Suporta-lhe para sempre os efeitos sociais, ainda que termine absolvido. Os muitas vezes relapsos — até eles — padecem o processo, seu ritual e longo andamento: transporte, algemas, espera, interrogatório, audiência de instrução e mais aparatos da Justiça Penal. A função simbólica do processo de conhecimento, de natureza condenatória, traz-lhe, também, a marca da infâmia”. (PITOMBO, 1999, p. 14)

¹⁰² Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
[...]

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

tranquilidade. No entanto, ressalta que o fato de existir uma investigação não se pode nela identificar um gravame que, sob a perspectiva do Direito positivo, possa ser equiparado a uma sanção, pois, do contrário, se exigiria o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa nessa fase, assim como na fase processual. (OLIVEIRA, 2008, p. 42)

De se ver que o contraditório na fase de investigação pode até se revelar muito 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 infirmar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público por ocasião da instauração da investigação. Em relação às provas presenciais, então, reiteramos 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. Por que não a participação da defesa, desde logo, na elaboração do laudo técnico? (OLIVEIRA, 2008, p. 42)

Contrariamente um procedimento policial de investigação, com o contraditório, seria verdadeira aberração, pois inutilizaria todo o esforço investigatório que a polícia deve realizar para a preparação da ação penal. (MARQUES, 1997, p. 152)

Deve-se caminhar para uma maior eficácia do contraditório e do direito de defesa na instrução preliminar. O inciso LV, do artigo 5º da Constituição não gera controvérsias quanto à sua aplicação na fase processual, no entanto, na fase preliminar, tem sido objeto de interpretações restritivas.

Ainda que não seja razoável sempre exigir um contraditório pleno na instrução preliminar, até porque seria contrário ao próprio fim investigatório, é perfeitamente exigível a existência do contraditório quando da realização de meios de provas irrepetíveis. Pouco se preocupa com os atos que são realizados na instrução preliminar. Não se aceita a aplicação do contraditório e da ampla defesa tendo em vista ter como uma de suas características a inquisitorialidade. Afasta-se a aplicação de referidos princípios por ser fase de natureza administrativa, prevalecendo o interesse público sobre o privado; afasta-se a discursividade como medida de eficiência e êxito para as investigações.

O inquérito policial civil ganharia, em eficiência, com a regular cooperação do exercício do direito de defesa. A ideia não surge nova. Durante o ano de 1957, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, grande mestre processualista, lançou-a. Tanto que difundida recebeu severo combate na doutrina e quase nenhuma repercussão nos julgados. O pensamento vencedor persistiu em assentar que o inquérito policial desponta, em essência inquisitivo; contém, tão-só, investigação e se exhibe qual peça meramente informativa. O equívoco perdura desde há quarenta e dois anos.

Importa, pois, reexaminar o conceito de instrução criminal, com os olhos postos na realidade sensível. Entender que, entre nós e não obstante a pouca importância dada, não desapareceu a formação da culpa, como maneira de proteger a liberdade e a honra dos indivíduos. Perceber a evidência de que, no inquérito policial, o suspeito e

o indiciado não se podem ver tratar como estranhos, excluindo-se o exercício do direito de defesa. (PITOMBO, 1999, p. 14)

Sempre que se for realizar meio de prova irrepetível, tem-se que assegurar ao indiciado não só a assistência de advogado, como direito fundamental, mas também a realização efetiva da defesa na própria instrução preliminar, uma vez que terá força probatória ao longo da persecução penal, seja para convencer o magistrado que a inicial acusatória deve ser rejeitada, seja para lastrear *habeas corpus* trancativo do próprio inquérito, ou, à luz da atual perspectiva procedimental, embasar a resposta à denúncia no intuito da obtenção de julgamento antecipado do mérito.

Além de ser um procedimento preparatório, a instrução preliminar tem funções de suma importância para a defesa. Pois a partir dela é que será elaborada sua resposta à denúncia, nos termos do artigo 396 e 396-A do Código de Processo Penal¹⁰³, e a partir dos elementos ali produzidos é que o juiz irá se manifestar sobre o recebimento ou não da denúncia¹⁰⁴, bem como sobre as causas de absolvição sumária¹⁰⁵.

A efetiva participação do investigado pode se dar com o fim de não ser indiciado; pode participar para demonstrar a impossibilidade do oferecimento da denúncia; pode opor-se às fontes de provas apontadas ou até mesmo indicar aquelas que dizem respeito à sua versão acerca dos fatos ora imputados. Deve participar quando da necessidade da realização de meios de provas. Pode fazer-se acompanhar por defensor técnico, se opor à classificação do delito assinalado pela autoridade policial ou até mesmo solicitar a produção de diligências. Essas

¹⁰³ Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código.

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.

¹⁰⁴ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

¹⁰⁵ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou

IV - extinta a punibilidade do agente.

são algumas situações nas quais o investigado poderia participar das investigações com o fim de garantir seus direitos fundamentais e colocá-los em prática desde logo.

O direito ao contraditório está ligado à liberdade jurídica de contradizer que, limitada pelo prazo legal, converte-se em ônus processual se não exercida¹⁰⁶. O processo sem a presença do efetivo contraditório afasta-se de sua base democrático-jurídico-principiológica e retrocede ao meio procedimental em que o arbítrio estatal deveria ser aceito por seus afetados. (LEAL, 2010, p. 97; STRECK, 2009, p. 19) O contraditório constitui *garantia de influência* no desenvolvimento e resultado do processo, visto que é o elemento normativo estrutural da *comparticipação*, assegurando constitucionalmente o *policentrismo* processual, constituindo verdadeira garantia de não surpresa que obriga o julgador ao dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive aquelas que dizem respeito ao seu conhecimento oficioso. (NUNES, 2009, p. 227-229)

O debate deve ser oportunizado para que o investigado possa indicar diligências a serem realizadas, nos termos do artigo 14 do Código de Processo Penal, bem como participar da captação de meios de provas, quando da urgência e imprescindibilidade da medida.

Nessa fase devem ser produzidos somente atos de investigação, devendo ser assegurado ao investigado o contraditório, no entanto, não o contraditório pleno como no processo. O importante é permitir o contraditório como meio do investigado apresentar informações de seu interesse para o esclarecimento dos fatos em apuração e o artigo 14 da legislação processual não é claro nesse sentido.

Caso não se faculte a participação do investigado na realização do meio de prova, ele não poderá ser utilizado no processo, uma vez que a defesa não pôde participar de sua produção e não haverá possibilidade de sua repetição, motivo pelo qual foi antecipado.

Apesar da instrução preliminar não poder ser utilizada para fundamentar uma decisão condenatória, no direito brasileiro os atos produzidos na fase preliminar acompanham o processo, existindo o risco da autoridade judiciária, de alguma maneira, consciente ou inconscientemente, utilizar-se daquilo que foi produzido em momento pretérito.¹⁰⁷

¹⁰⁶ André Del Negri faz estudo referencial sobre o controle de constitucionalidade no processo legislativo, apresentando a importância do contraditório inclusive quando da discussões de projetos de lei. “À fase instrutória segue-se a fase constitutiva com distribuição da proposição à Comissão Permanente a fim de ser apreciada por meio de parecer sobre a adequabilidade legislativa, mérito e constitucionalidade do projeto. Em seguida, depara-se com a fase de discussões, a qual ocorre nas reuniões das Comissões e sessões plenárias, momento de maior publicidade do trabalho legislativo. A discussão é uma fase de tramitação do projeto em que ocorre o contraditório, vez que os congressistas, pelo menos em tese, participam desse contraditório, apresentando algumas objeções e possíveis emendas ao projeto ou mesmo apoiando-o”. (DEL NEGRI, 2010, p.124)

¹⁰⁷ Para evitar esse problema, pode-se penar na retirada física da instrução preliminar após o início da ação penal, fazendo com que a mesma não integre os autos do processo. Aury Lopes Júnior faz importante observação a

A partir das características do modelo acusatório recepcionado pela Constituição e que todo saber deve ser construído de forma discursiva, com a participação dos interessados, torna-se inadmissível a possibilidade de fundamentação da decisão judicial em meios de provas colhidos na instrução preliminar sem que se tenha observado os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A presença do contraditório é essencial, uma vez que um discurso não se produz monologicamente, ou seja, é insito a ele a presença de mais de um participante, senão não é discurso. O contraditório é elemento inafastável da dimensão pragmática do processo de obtenção da *resposta correta* ou da *norma ideal*. (CRUZ, 2004, p. 246)

Há posicionamento que entende ser possível a existência do contraditório na instrução preliminar somente após o indiciamento¹⁰⁸. Nesses termos, a partir do indiciamento a instrução preliminar deixaria de ser inquisitória, adotando agora o modelo acusatório, de participação igualitária, uma vez que já existe uma imputação sem sentido amplo, o indiciamento. Assim, a partir do indiciamento a instrução preliminar contaria com a participação do indiciado e seu defensor na apuração fática, podendo participar ativamente das investigações, o que alguns chamam de *investigação defensiva*¹⁰⁹. A partir dessa premissa,

respeito. “Não menos grave está a versão dissimulada, que anda muito em voga, de “condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito”. Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a condenação, de modo que vou socorrer-me do que está no inquérito policial. Isso é violar a garantia da verdade processual”. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 234)

¹⁰⁸ O indiciamento é a imputação a alguém, no inquérito policial, da prática do ilícito penal. Quando indiciada, a pessoa passa de mera suspeita e passa a ser tratada como a provável autora do delito. A partir do ato de indiciamento as investigações passam a se concentrar na pessoa do indiciado. “Na prática policial, existe uma diferença entre o suspeito, o investigado e o indiciado. Só se considera “indiciado” o investigado contra o qual, no inquérito policial, foram produzidas provas suficientes da existência do delito (materialidade) e encontrados indícios de sua autoria, segundo os fundamentos externados no inquérito pela autoridade policial. É uma garantia ao investigado, pois só será indicado como provável autor do delito após a sua lavratura. Nesse despacho constará a relação das provas produzidas contra o suspeito, devendo ser mencionados o depoimento das testemunhas, as provas documentais carreadas aos autos (documentos arrecadados e apreendidos, recebidos de terceiros ou via ofício), e, especialmente, a prova pericial (representada por um laudo produzido por experts). Também se consignará a tipificação do delito que pode ser diversa da portaria inaugural (provisória), diante da maior certeza probatória, mas, ainda assim, não deixará de ser provisória, dela podendo divergir o órgão do Ministério Público ao oferecer a denúncia, que, por seu turno, poderá ser diferente da estabelecida pela sentença criminal condenatória”. (GOMES, 2006) Nos crimes de competência da justiça estadual, cujos inquéritos são de competência da polícia civil, o indiciamento, na maioria das vezes, é realizado no relatório final do inquérito policial. No entanto, uma observação há ser feita.

¹⁰⁹ A investigação defensiva parte da premissa de que o artigo 14 do Código de Processo Penal nem sempre garante a participação do investigado, pois é ato discricionário da autoridade policial realizar ou não as diligências requeridas. Assim, necessário se faz a existência de um meio para que a defesa também possa participar efetivamente da instrução preliminar e apresentar seu ponto de vista, já que a investigação é tendenciosa à acusação, ainda mais quando se admite a investigação realizada pelo Ministério Público ou ele determina a condução do inquérito policial através da requisição de diligências. “O inquérito policial, por prestigiar o viés acusatório da investigação, não atende, a contento, a necessidade da defesa de obter informes favoráveis ao imputado, sendo mister o desenvolvimento de investigação particular. Para tanto, deve-se instituir procedimento detalhado, que estipule os principais aspectos formais e substanciais da atividade investigatória do defensor, em conformidade com as diretrizes e os pressupostos de eficiência e do

a autoridade policial deve preservar a aplicação do artigo 14 do Código de Processo Penal, possibilitando o ingresso de fontes de provas que interesse ao investigado. (AZEVEDO, 2004, p. 6-8)

Atenuar o contraditório¹¹⁰ e o direito de defesa na fase preliminar, por suas próprias características, não pode significar integral eliminação. Seu afastamento deve ser feito com cautela e razoabilidade, pois a instrução preliminar tem sua importância por si só, pois prepara o processo; ainda, deve funcionar como procedimento de filtro, viabilizando a deflagração do processo quando exista justa causa, mas também contribuindo para que pessoas nitidamente inocentes não sejam processadas, evitando assim acusações infundadas e sem um mínimo lastro indicativo de culpa. A manifestação de poder estatal deve vir acompanhada de garantias,¹¹¹ pois vivemos numa fase de processualização dos procedimentos¹¹².

Não é possível a utilização dos dados colhidos na fase preliminar como meio de prova sem a determinação de elementos mínimos para que elas possam ser admitidas na formação do convencimento do juiz¹¹³. (GOMES FILHO, 1997, 145-146)

garantismo. Manter o imputado refém de uma investigação pública, na qual ele pouco pode intervir, desrespeita os fundamentos de um processo penal acusatório não se coaduna com um Estado Democrático de Direito”. (MACHADO, 2010, p. 184) “A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação, o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção”. (FERNANDES, 2002, p. 13-14) “A concessão de poderes investigatórios ao Ministério Público no caso brasileiro é aspecto setorial que não pode ser desvinculado de um sistema que lhe empresta coerência. Em outras palavras, o reforço de poderes de uma das partes da relação processual não pode ser arquitetado sem um correspondente reforço em favor da parte contrária. E, nessa dinâmica, não se pode olvidar figurar o acusado, invariavelmente, em uma posição inferiorizada e que será tão mais acentuada quanto mais grave forem os desníveis sociais do país. Logo, mudanças constitucionais e processuais dirigidas às implementação de poderes investigatórios ao Ministério Público deverão vir acompanhadas, necessariamente, de uma permissão, em igual medida, para o investigado”. (ZILLI, 2008, p. 13-14)

¹¹⁰ No direito processual penal italiano não existe o contraditório pleno na instrução preliminar, no entanto, os meios de provas realizados nessa fase não podem ser utilizados na ação penal. “Pode-se concluir que a inexistência de um contraditório pleno é contrabalanceada de dois modos bem claros: um referente à não-intromissão dos meios de provas da investigação na ação, salvo as irrepetíveis, como os exames de corpo de delito, submetidas a contraditório sucessivo e outro com a criação de um verdadeiro juiz natural para o procedimento investigatório, procurando-se assim minimizar a não-incidência da garantia”. (CHOUKR, 2001, p. 116)

¹¹¹ Admitindo a possibilidade de defesa na fase inquisitorial, porém em posição francamente minoritária, Marta Saad, aduz que: “se não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, 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”. (SAAD, 2004, p. 221-222)

¹¹² Sobre o assunto ver DANTAS, 2007, p. 368; 416-417.

¹¹³ No mesmo sentido TOVO, 1995, p. 150 e LOPES JÚNIOR, 2006, p. 234-237.

Boa parte dos meios de provas que servem para fundamentar a acusação e utilizados pelo juiz na sentença são colhidos na instrução preliminar. A fase preliminar delimita o que será apurado e debatido na fase judicial, pois a partir dela é que as partes irão construir os seus argumentos processualmente. Se a fase preliminar for utilizada para exaurir os meios de provas que deveriam ser realizados no processo, na fase judicial não se terá nenhum avanço para além daqueles elementos já produzidos preliminarmente, pois seria uma mera fase de formalização daquilo que foi produzido sem observar os princípios constitucionais do contraditório e do direito de defesa, fato que explica a importância da instrução preliminar e a influência exercida na fase judicial, pois é a partir do que foi realizado na instrução preliminar que o processo judicial é conduzido, é a partir dela que as partes irão produzir seus meios de provas no processo.

O princípio da ampla defesa é coextenso aos princípios do contraditório e isonomia, pois a amplitude de defesa se dá nos limites temporais colocados pelo procedimento em contraditório. Quando se fala em amplitude de defesa não se diz respeito à infinitude de produção de defesa a qualquer tempo, mas que esta possa ser produzida pelos meios de provas admitidos e não proibidos em lei no tempo processual. A defesa há de ser ampla, pois ela não pode ser comprimida pela sumarização do tempo de tal modo que afaste aspectos fundamentais de sua produção eficiente. As reformas processuais devem atentar-se para esse aspecto, para que, a pretexto de celeridade processual ou efetividade do processo, buscando suprir deficiências do Estado, não prejudique a ampla defesa, pois as propostas de reforma do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal¹¹⁴ não estão se atendo para o problema que podem causar. A ampla defesa, no Estado Democrático de Direito, envolve o devido processo legal em sentido substancial, mas em concepções atualizadas, de garantias fundamentais do cidadão, como a do devido processo em sentido processual, em perspectivas do atual direito democrático, traduzindo-se a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo capaz de dar viabilidade a ela. (LEAL, 2010, p. 98-99)

Na instrução preliminar o direito de defesa será exercido de forma adequada a essa fase, ou seja, não servirá para exaurir os meios de provas que são de competência da fase processual. A ampla defesa nessa fase, assim como no processo, não diz respeito à produção ilimitada de provas, mas à participação e apontamento de fontes de provas, nos termos do

¹¹⁴ Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o anseio punitivo que pauta e motiva as reformas parciais, em que pese o espírito democrático de muitos dos autores das ideias reformistas, se reforma para não mudar nada, mantendo a crença retrógrada de que melhora com mais pena, mais prisão e punição. Faz-se reformas pelas mudanças que, de fato, só se darão quando mudar a base sistêmica. Se for preciso, efetivamente, mudar o sistema, nota-se que não é algo simples e nem fácil, pois ele é inquisitório, foi inquisitório e se tudo se reduzir à aprovação destas reformas parciais, continuará inquisitório. (COUTINHO, 2009, p. 230)

artigo 14 da legislação processual, bem como quando da necessidade de antecipação de meios de provas irrepitíveis. Não basta somente ser facultado aos interessados o contraditório diferido, assim como o direito de defesa, pois as garantias constitucionais devem ser aplicadas de modo a ser eficaz e viável a sua utilização.

O artigo 155¹¹⁵ do Código de Processo Penal autoriza o magistrado¹¹⁶ utilizar-se dos meios de provas realizados na instrução preliminar quando os mesmos tiverem sido antecipados em razão da irrepetibilidade. No entanto, os interessados, Ministério Público e investigado/indiciado, devem ser intimados pelo juiz para acompanhar a antecipação dos meios de provas, permitindo-se, nos exames periciais, a formulação de quesitos e a indicação de assistentes técnicos¹¹⁷. Para que o juiz possa utilizar na fase processual atos realizados na instrução preliminar, necessário se faz a judicialização dos mesmos.

Com a judicialização por meio do incidente de produção de meios de provas o magistrado também poderá fundamentar sua decisão com suporte na instrução preliminar, uma vez que o investigado participou de sua realização. O juiz poderá utilizar tudo o que foi produzido no processo e na instrução preliminar de forma indistinta desde que respeitados o contraditório e ampla defesa na produção probatória.

¹¹⁵ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

¹¹⁶ Conforme Lopes Júnior: “O art. 155 não teve coragem para romper com a tradição brasileira de confundir atos de prova com atos de investigação, com graves reflexos na eficácia probatória deles. A redação vai muito bem, até o ponto em que inseriram a palavra errada, no lugar errado. E uma palavra, faz muita diferença... Bastou incluir o “exclusivamente” para sepultar qualquer esperança de que os juízes parassem de condenar os réus com base nos atos do famigerado, inquisitório e superado inquérito policial. Seguiremos assistindo a sentenças que, negando a garantia de ser julgado a partir de atos de prova (realizados em pleno contraditório, por elementar), buscarão no inquérito policial (meros atos de investigação e sem legitimidade para tanto) os elementos (inquisitórios) necessários para a condenação. Significa dizer que nada muda, pois seguirão as sentenças “fazendo de conta que...” o réu está sendo julgado com base nas provas colhidas no processo, quando na verdade, os juízes continuarão utilizando as clássicas viradas lingüísticas do “*cotejando* a prova judicializada com os elementos do inquérito...” ou “a prova judicializada é *corroborada* pelos atos do inquérito...”. Quando um juiz faz isso na sentença, está dizendo (discurso não revelado) que condenou com base naquilo produzido no inquérito policial (meros atos de investigação), negando o contraditório, o direito de defesa, a garantia da jurisdição etc., pois no processo não existem provas suficientes. Quem precisa “cotejar” e invocar o inquérito policial, quando a prova judicializada é suficiente? Aqui, a vedação de utilização dos atos de investigação (excetuando, é elementar, as provas técnicas irrepitíveis e aquelas produzidas no incidente judicializado de produção antecipada) já seria pouco [...] O ideal seria ter coragem para romper, buscando a *exclusão física dos autos do inquérito*. Isso sim seria dar ao inquérito o seu devido valor e garantir o julgamento com base na máxima originalidade da prova (colhida no processo e em contraditório)”. (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 9-10)

¹¹⁷ Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

[...]

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

A instrução preliminar é um meio de afastar dúvidas e esclarecer a materialidade e autoria do fato objeto das investigações, evitando-se ações penais infundadas, bem como indesejados erros judiciários e existência de acusações equivocadas. Na instrução preliminar já deveria ser oportunizado ao investigado o direito constitucional de exercício de uma defesa mínima e ao mínimo contraditório¹¹⁸.

Os meios de provas realizados na instrução preliminar diferem dos meios de prova realizados na fase processual simplesmente no que diz respeito ao momento em que são produzidos, uma vez que na fase judicial indiscutivelmente exige-se a presença do magistrado e das partes interessadas e na fase preliminar, a partir do modelo inquisitorial que a tradição o mantém, basta que sejam realizados perante a autoridade policial, sem a menor preocupação se servirá ao processo ou não.

Para que essas provas não repetíveis possam ser utilizadas no curso do processo, imperiosa será a observância do contraditório sobre a prova, permitindo que as partes possam discutir sua admissibilidade, regularidade e idoneidade. Provas antecipadas, por sua vez, são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. (LIMA, 2011, p. 118-119)

Apesar de separarmos conceitualmente atos de provas e atos de investigação, em termos práticos a polícia judiciária não os separa, pois, por diversas vezes, se tem que adiantar meios de provas pelo risco de seu perecimento no tempo.

Lamentável repudiar a aplicação do contraditório e da ampla defesa de forma indiscriminada conforme tem ocorrido na prática. Nos termos do art. 156, I do Código de Processo Penal¹¹⁹, o juiz poderá ordenar a produção antecipada de provas urgentes e relevantes mesmo antes de iniciada a ação penal. O delegado de polícia tem autonomia semelhante, pois dentro de sua atuação discricionária, tem competência para determinar a produção daqueles meios de provas que considerar relevantes. Assim, necessária se faz a

¹¹⁸ Marta Saad faz importante colocação no que diz respeito ao exercício do direito de defesa no inquérito policial. “Justamente por ser o inquérito etapa importante para a obtenção de meios de prova, inclusive com atos que depois não mais se repetem, o acusado deve contar com assistência de defensor já nessa fase preliminar [...]. Há de garantir ao acusado, portanto, o direito de defesa [...] possibilitando a ele o direito de se contrapor a todas as acusações, com a assistência de advogado, com a possibilidade de manter-se silente e a admissibilidade de produção das provas por ele requeridas, indispensáveis à demonstração de sua inocência, ou de sua culpabilidade diminuída. [...] É preciso, pois, garantir a defesa efetiva do acusado quando esta realmente importa, estendendo-se o exercício do direito de defesa ao inquérito policial. [...]” (SAAD, 2008, p. 271-274).

¹¹⁹ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

análise dos meios de provas repetíveis e dos meios de provas irrepetíveis e a importância de serem realizados com observância às regulamentações constitucionais, dada a sua importância para a instrução preliminar, bem como para o processo.

Os atos praticados na fase da instrução preliminar devem ter alcance limitado, não sendo possível que atos produzidos pela autoridade policial possam ter igual valor àqueles da instrução processual. Os atos de investigação, além de servir para a apuração do crime e para preparar o processo, podem ser utilizados somente quando da necessidade de alguma medida restritiva de direitos que sofrerá o investigado ou indiciado, que terão como fundamento os atos instrutórios realizados até aquele momento.

A instrução preliminar deve se ater às suas finalidades legais, somente indicando fontes de provas, com observância do artigo 14 da legislação processual e em consonância com as garantias constitucionais. Assim, caso não haja necessidade da produção de meios de provas, os princípios do contraditório e do direito de defesa não deverão ser avocados como no processo, sob risco de transformar essa fase em processual. No entanto, quando houver a necessidade da realização de meios de provas, para a adequação constitucional, necessária será a processualidade desse meio de prova. De qualquer forma deverá ser facultada a participação daquele que poderá ser atingido pelo ato de poder do Estado.

Profundas modificações legislativas na instrução preliminar brasileira são necessárias e essas modificações devem partir do fortalecimento da situação jurídica do investigado. Esse fortalecimento não será alcançado tão-só com a inclusão, no texto constitucional, de uma série de direitos fundamentais. É imprescindível uma mudança na própria estrutura da instrução preliminar para aproximá-la aos princípios do garantismo, pois só assim a eficácia dos direitos fundamentais será vencedora na eterna luta com o *utilitarismo e o eficientismo reinantes*. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 391)

A autoridade policial se encontra em situação delicada, pois não só quando da iminência do risco o delegado de polícia determinada a realização de meios de provas, uma vez que, em regra, ele determina a realização do maior número de meios de provas, de preferência que se esgote todos possíveis, visando fornecer a maior quantidade de informações ao órgão acusador, sem se preocupar se está realizando atos de investigação ou atos de provas.

Nossa lei processual penal também regula a matéria pertinente ao inquérito policial (do art. 4º ao art. 23). No art. 6º, constituído de nove incisos, fica estabelecido, como norte, que procedimentos deve adotar a autoridade policial toda a vez que tiver conhecimento da prática de infração penal. Assim, têm de ser realizados os seguintes atos: a) conservação do local do crime (inciso I); b) apreensão de todos os objetos

relacionados ao crime, depois de realizada a devida perícia (inciso II); c) *colheita de todas as provas* necessárias ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias (inciso III); d) oitiva do ofendido (inciso IV); e) oitiva do indiciado, nos termos do capítulo III do Título VII, do CPP, ou seja, observar as mesmas normas quanto ao interrogatório do acusado (inciso V); f) proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações (inciso VI); g) requisitar, quando necessário, o exame de corpo de delito ou qualquer outra perícia (inciso VII); h) identificação, quando possível, do indiciado pelo processo dactiloscópico e juntada aos autos de sua folha de antecedentes (inciso VIII); e, finalmente, i) averiguação da vida pregressa do indiciado (inciso IX).

Ora, com exceção dos incisos I, VIII e IX, do art. 6º do CPP, todos os outros se referem claramente ao que a lei processual penal considera como *meios de prova*, que, por sinal, é um dos significados do termo *prova*. Tais meios probatórios, isto é, esses caminhos indicados pelo Código de Processo Penal para a obtenção das provas da infração penal, devem ser produzidos durante o inquérito policial. Por essa razão, há instrução probatória no inquérito policial. (FARIAS, 2004)

Não justifica a autoridade policial determinar o exaurimento de todos os meios de provas, pois eles deverão ser novamente realizados em juízo, observados o contraditório e o direito de defesa. Meios de provas desnecessários para essa fase não devem ser realizados, uma vez que deverão ser produzidos novamente em juízo, causando grande perda de tempo e descrédito da atividade investigativa, pois a instrução preliminar demorará mais tempo para ser finalizada, uma vez que a autoridade policial está assumindo atividade que não é de sua competência.

Em algumas situações, outra saída não tem a polícia judiciária senão a antecipação de meios de provas, tendo em vista que se não for tomada essa postura, pereceriam e correr-se-ia o risco de não existir elemento fundamental para a demonstração da materialidade ou da autoria do suposto ilícito penal, como a realização de prova pericial. Prova pericial essa que terá dupla finalidade, servirá ao procedimento preparatório, poderá servir ao Ministério Público, bem como poderá servir ao juiz no embasamento de suas decisões de medidas interlocutórias e assecuratórias, e ainda acaso promova sentença. No entanto, se essa prova pericial não for judicializada, sua eficácia limita-se temporalmente ao início da ação penal.

Quando a autoridade policial, no desenvolvimento de sua atividade investigativa realizar perícias, acareações, reconhecimento de pessoas ou de coisas, oitiva do indiciado, de testemunhas etc. está, efetivamente, instruindo a fase preparatória com elementos que terão eficácia somente até o oferecimento da denúncia.

Aury Lopes Júnior apresenta severas críticas ao material produzido na instrução preliminar:

Toda essa gama de problemas que possui a instrução policial leva ao necessário descrédito probatório do material recolhido e à necessidade de completa repetição em juízo. Pior ainda, não cumpre com sua função principal: aclarar, em grau de probabilidade, a notícia-crime para fundamentar o processo ou o não-processo.

Com relação ao nosso inquérito policial, pode-se afirmar, ademais de todas as críticas feitas, que: não serve para o Ministério Público, pois, ao ser levado a cabo por uma autoridade diversa daquela que irá exercer a ação penal, não atende a suas necessidades. Ademais, é patente o descompasso na relação promotor-policial. Não serve para a defesa, pois a polícia nega qualquer possibilidade de o sujeito passivo participar da investigação e solicitar diligências de descargo. Ademais, via de regra, a autoridade policial nega arbitrariamente o contraditório (visto como direito de informação) e o direito de defesa (ainda que em grau mínimo e previsto na Constituição). Não serve para o juiz, porque a própria forma de atuar da polícia não permite dar maior credibilidade ao material recolhido. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 75)

O trecho citado apresenta outro problema que é o descrédito de material produzido na instrução preliminar. Por vezes a atuação policial é severamente criticada. A atuação policial é tida como retrógrada e em dissonância com os preceitos constitucionais; que tem íntima ligação com as características regentes da instrução preliminar brasileira. Mas nada impede uma leitura constitucionalizada da instrução preliminar objetivando um salto de qualidade. Se o material que é produzido nessa fase pouca utilidade tem para o juiz, tendo em vista a forma de sua obtenção, necessário se faz repensar e questionar como seus atos são produzidos.

A eficiência da instrução preliminar deve ser buscada com a obediência dos preceitos constitucionais e não com seu descumprimento e alijamento do investigado. Se os atos que são produzidos nessa fase são tão criticados, necessário se faz rever sua forma de realização.

Outro entrave que impede o desprendimento da tradição inquisitorial diz respeito à forma como são interpretadas as legislações relacionadas à instrução preliminar, uma vez que a autoridade policial as interpreta da forma que possa se obter sua maior eficiência.

A polícia assimila as normas de forma completamente diferente dos juízes e promotores e isso influi no grau e na forma do intervencionismo policial. A grande maioria das normas constitucionais de proteção ou garantia do sujeito passivo são interpretadas no meio policial de forma restritiva, numa atitude de resistência aos avanços democráticos da Constituição. Interpretar as normas constitucionais de forma a adaptá-las ao Código de Processo Penal, restringindo com isso a esfera de proteção, e não ao contrário, como deve ser, é uma realidade constante nas delegacias de todo o país. Em nome do poder, habitualmente a polícia nega efetividade às garantias constitucionais. Ademais, a polícia tende a adaptar a norma ao perfil das pequenas comunidades, ainda que não seja essa a melhor interpretação ou aplicação. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 74)

Quando a autoridade policial determina a antecipação de meios de provas irrepetíveis, há um obstáculo na forma como serão produzidos, uma vez que sua realização se dá no âmbito de um procedimento inquisitorial, mas que serão úteis para o início da ação penal, bem como quando houver necessidade na fase judicial.

Na costumeira prática policial inúmeros meios de provas de caráter definitivo são realizados. Assim, diferentemente da produção dos atos de investigação, eles devem permitir a participação do investigado bem como de seu defensor, havendo a necessidade de se estabelecer o contraditório assim como na fase processual. Resultado de suas características regentes, atualmente se pratica na investigação atos de provas e atos de investigação de forma indistinta, sem a menor preocupação se esses atos serão utilizados na fase judicial ou não. Se a autoridade policial realiza esses atos de forma indiscriminada, conseqüentemente as características da instrução preliminar predominarão também quando da produção dos meios de provas irrepetíveis¹²⁰.

No atual Estado Democrático de Direito, o Estado deve garantir a aplicação dos seus princípios constitucionais fundantes. Se o meio de prova produzido no inquérito policial for realizado sem a garantia do contraditório e sem a plena participação do investigado, como ele poderá contrapor esse meio de prova futuramente (na fase processual) se o mesmo foi realizado em momento pretérito? Atualmente a única forma de contraposição será através do contraditório diferido ou postergado^{121 122}. O contraditório pleno é que deve ser observado e será garantido somente quando de sua aplicação no momento da realização do meio de prova e não no futuro, quando o resultado do meio de prova já estará pronto e acabado.

Os meios de provas produzidos no processo asseguram a presença do contraditório e do direito de defesa, bem como dos demais princípios constitucionais. Os meios de provas realizados no inquérito policial não asseguram a presença do contraditório e do direito de defesa. Se um meio de prova é realizado em uma fase que é regida pelo modelo inquisitório e

¹²⁰ Ressaltamos que provas as irrepetíveis a serem realizadas podem ser designadas pela defesa, uma vez que, também ela poderá apontar provas que devem ser realizadas desde logo, sob o mesmo risco de desaparecimento no tempo.

¹²¹ “Se não houver contraditório na fase do inquérito policial, os elementos probatórios ali produzidos não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar, em que o contraditório é diferido”. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2008, p. 63) Em obra individual, Ada Pellegrini Grinover aponta: “a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se com contraditório pleno, perante o juiz natural”. (GRINOVER, 1999, p. 71-79).

¹²² “A Constituição não exige, nem jamais exigiu que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática”. (GRECO FILHO, 1993, p. 55) A existência de um contraditório tardio em razão das peculiaridades e circunstâncias é, sim, uma distinção substancialmente importante, na medida em que identifica um fenômeno processual e que não significa a supressão da garantia, apenas traduzindo a oportunidade correta do seu exercício, vez que, como já exposto, tão importante quanto existir a garantia é exercitá-la no momento correto e pelos atores próprios” (CHOUKR, 2001, p. 134)

mesmo assim é aproveitado na fase judicial, essa prova deve ser resguardada de maiores garantias, essencialmente a observância dos princípios constitucionais previstos no artigo 5º, LV da Constituição. Uma vez que esses meios de provas tornam-se definitivos e, via de regra, incriminatórios, necessária se faz a efetiva participação do investigado, como por exemplo, através da formulação de quesitos aos peritos e requerer a produção de outros meios de provas.

Na atual conjuntura da instrução preliminar brasileira, tem-se dificuldade de encontrar espaço para tratar de forma diferenciada os meios de provas irrepetíveis das fontes de provas que servem somente para apontar autoria e materialidade e, se necessário, embasar eventual oferecimento de denúncia.

Para sanar o problema, precisaríamos da criação de um momento na instrução preliminar que facultasse a participação do investigado quando da realização de meios de provas irrepetíveis que seria o incidente probatório. Consequentemente, esse momento não seria regido pelas características do inquérito, mas pelas características judiciais, produzindo atos que irão interessar também à segunda fase da persecução penal.

Quando da realização de qualquer meio de prova na instrução preliminar, necessário se faz sua processualização, uma vez que haverá meios do investigado participar da construção do conhecimento em momento futuro, ou seja, depois de denunciado, não há como o acusado participar da produção daquele meio de prova, tendo em vista que ele chega pronto à fase processual sem a sua participação, sem qualquer dialogicidade na construção daquele conhecimento.

Em toda construção do conhecimento deve haver dialogicidade, as conclusões não devem partir da análise do posicionamento de somente um dos interessados, ao investigado deve ser permitido apresentar o seu ponto de vista e somente a partir dele em conjunto com as investigações que deve o Estado chegar a alguma conclusão.

Se determinado meio de prova não é realizado observando o contraditório e a ampla defesa, será maculado pela inquisitorialidade do inquérito, em manifesta contradição ao modelo acusatório¹²³.

Se se tem produção de atos de provas na fase preliminar, necessária se faz sua judicialização com a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa resguardados à produção de provas em juízo. Eles também devem ser assegurados na

¹²³ Conforme os ensinamentos de Kalhed, “o caminho para uma verdade mais segura passa pelo contraditório, pela compreensão e interpretação, que implicam em uma tomada de posição, e isso não tem nada de passividade. Ainda, os juízes devem julgar com base em provas corrigidas à exaustão a partir do contraditório e limitadas por garantias constitucionais” (KALHED, 2009, p. 354)

instrução preliminar, uma vez que os meios de provas ali produzidos serão utilizados no processo, assim como as outras provas que forem produzidas após o início da ação penal.

Nos modelos de instrução preliminar policial é inconcebível que os atos praticados pela autoridade policial, sem a intervenção jurisdicional, tenham valor probatório na sentença, pois não foram realizados perante o juiz com todas as garantias constitucionais, senão que simbolizam a inquisição do acusador, uma vez que o contraditório é meramente aparente e entendido como um entrave ao êxito das investigações. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 139)

O artigo 225 do Código de Processo Penal¹²⁴ possibilita a antecipação da oitiva de testemunhas em razão do risco de sua ausência por enfermidade ou velhice¹²⁵. Nesse contexto, o juiz pode ouvi-las de imediato e sua oitiva se dará em sua presença, bem como da participação das partes sob o crivo do contraditório.

Não se sustenta o argumento de não ser possível chamar o investigado para participar da realização de meio de prova irrepetível sob o argumento de que muitas vezes nem se sabe quem é ele e não é possível esperar sua localização em razão da urgência para realização daquele meio de prova. Caso não se saiba o paradeiro do autor do crime ou ainda não haja uma pessoa formalmente apontada como suspeita da prática do delito, o magistrado deverá diligenciar para que a defesa técnica seja realizada por um defensor nomeado para aquele ato, sendo assim firmado o contraditório e o depoimento ou outro meio de prova será juntado aos autos com o mesmo valor legal se prestado no curso da instrução processual, inclusive afastando a ordem de oitivas determinada pelo artigo 400 do Código de Processo Penal¹²⁶.

Outra situação de produção antecipada de meios de provas é aquela constante do artigo 366 do Código de Processo Penal¹²⁷, que diz respeito à citação por edital, onde determina a suspensão do processo e da prescrição em relação ao acusado que, citado por

¹²⁴ Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

¹²⁵ Para que o juiz imponha a antecipação de meio de prova urgente, nos termos da legislação processual, deve a acusação justificá-la de maneira satisfatória, como por exemplo, o fato do ofendido com idade avançada, ressaltando que os Tribunais Superiores consideram que a oitiva de uma testemunha, por si só, não pode ser considerada prova urgente, e a mera referência aos limites da memória humana não é suficiente para determinar a medida excepcional. (LIMA, 2011, p. 120-121) Nesse sentido: Informativo nº 416 do STJ – RHC nº 21.173/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 19.11.2009. Na mesma linha: STF, 1ª Turma, HC nº 96.325/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe 157 – 20.08.2009; STJ, 6ª Turma, HC nº 122.936/PB, Rel. Min. Nilson Naves, DJe 15.06.2009.

¹²⁶ Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

¹²⁷ Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

edital, não tenha comparecido nem constituído defensor. Nesse caso, o juiz poderá determinar a produção antecipada de provas urgentes, nos termos do artigo 225 do Código de Processo Penal, ou seja, com a participação das partes, sob o crivo do contraditório.

A súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que *a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no artigo 366 do Código de Processo Penal deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo*.

O Código de Processo Penal silencia acerca do procedimento a ser adotado no caso de colheita de meio de prova antecipado. Não obstante, com fundamento no artigo 3º do Código de Processo Penal¹²⁸, pode-se aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil, que regula a produção antecipada de provas nos artigos 846 a 851¹²⁹. (LIMA, 2011, p. 120) Essas mesmas garantias devem ser asseguradas quando da realização que qualquer meio de prova que houver de ser realizado antes da fase judicial, com sua judicialização.

Nas situações excepcionais, em que a repetição em juízo seja impossível, deve-se transferir a estrutura dialética do processo à fase pré-processual através do chamado *incidente de produção antecipada de provas*. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 228)

No direito processual penal italiano existe um momento específico na fase investigativa que é a produção preliminar de meios de provas chamado *indagine preliminare*. Ao contrário do direito processual brasileiro, atualmente a instrução preliminar italiana, assim como a fase judicial, dá especial importância ao princípio do contraditório que tem como único propósito avaliar o exercício da acusação.

¹²⁸ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

¹²⁹ Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I - se tiver de ausentar-se;

II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.

Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.

Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento.

Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.

Art. 850. A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos arts. 420 a 439.

Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem.

Medidas de cunho probatório e irrepetíveis são realizadas na *indagine preliminare*, assim, os atos realizados na instrução preliminar não assumem qualquer valor probatório, exceto aqueles atos irrepetíveis.

Ainda, o suspeito tem o direito de ser informado quando da existência de investigação contra ele, no entanto, poderá haver restrição de acesso à investigação nos casos de crimes de grande repercussão social a fim de evitar prejuízos à investigação.

No Brasil pouco se fala a respeito da criação de um momento para a realização de meios de provas na instrução preliminar, até mesmo porque a autoridade policial pouco se preocupa se está realizando ato de prova ou ato de investigação. Por tradição a polícia judiciária brasileira parte do pressuposto de que quanto mais meios provas se colher, mais elementos para eventual condenação existirão nos autos.

Assim como na Itália, necessário se faz pensar em uma fase destinada à antecipação de meios de provas, com as mesmas garantias da produção de meios de provas em juízo, ou seja, com as mesmas garantias de uma prova judicializada, tendo em vista que os meios de provas serão utilizados também no processo.

A importância de um momento específico para a produção de meios de provas na instrução preliminar se dá pelo fato da polícia judiciária não conseguir garantir a aplicação do contraditório e ampla defesa, fazendo-se necessário um momento próprio exclusivamente para esse fim.

A instrução preliminar não serve para realização de meios de provas, mas apenas para apontar fontes de provas, pois sua finalidade é a produção sumária de elementos para apurar autoria e materialidade do crime, pois se trata de procedimento preparatório. Somente deve ser admitido que os meios de provas colhidos na instrução preliminar adentrem no processo quando houver sua judicialização. Se determinado meio de prova não é realizado com observância do contraditório e da ampla defesa, esse meio de prova é maculado pela inquisitorialidade do inquérito, em manifesta contradição ao modelo acusatório¹³⁰.

Atos de provas não devem ser realizados na instrução preliminar, no entanto, alguns meios de provas podem perecer no tempo, tornando-se necessária sua produção de imediato. E para que esses meios de provas possam ser utilizados na fase processual, os mesmos deverão ser realizados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

¹³⁰ Conforme os ensinamentos de Kalhed, “o caminho para uma verdade mais segura passa pelo contraditório, pela compreensão e interpretação, que implicam em uma tomada de posição, e isso não tem nada de passividade. Ainda, os juízes devem julgar com base em provas corrigidas à exaustão a partir do contraditório e limitadas por garantias constitucionais” (KALHED, 2009, p. 354)

A produção antecipada de meios de provas deve se dar como exceção no ordenamento jurídico brasileiro, pois o Código de Processo Penal delimitou e regulamentou momento adequado para tal finalidade, que é a fase processual. No entanto, conforme demonstrado, poderá existir a necessidade de se produzir meios de provas durante a instrução preliminar, tendo em vista o risco de seu perecimento no tempo. Assim, quando houver a necessidade de antecipar meios de provas, faz-se necessária a existência de um momento ou de uma fase própria para sua realização.

Diante do risco de perecimento e o grave e irreparável prejuízo com a perda de elementos que podem ser colhidos imediatamente, deve-se instaurar um incidente para a antecipação de meios provas.

Com a adoção de um incidente de produção antecipada de captação de meios de provas, se afastaria da instrução preliminar a indiscriminação dos atos que são produzidos nessa fase, pois no incidente seriam produzidos somente meios de provas que poderiam ser utilizados na fase processual, ficando a instrução preliminar com aquilo que lhe interessa, que são os atos de investigação.

Significa que aquele elemento que normalmente seria produzido como mero ato de investigação e posteriormente repetido em juízo para ter valor de prova poderá ser realizado de uma só vez, na fase pré-processual, e com tais requisitos formais lhe permitam ter o status de ato de prova, é dizer, valorável na sentença, ainda que não colhido na fase processual. Por isso, o incidente de produção antecipada de prova somente pode ser admitido em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de ser inviável a posterior repetição na fase processual da prova. Presentes tais requisitos, o incidente deve ser praticado com a mais estrita observância do contraditório e direito de defesa. Logo, a prova antecipada deve ser produzida: em audiência pública, salvo o segredo justificado pelo controle ordinário da publicidade dos atos processuais; o ato será presidido por um órgão jurisdicional (nos sistemas policiais e a cargo do MP, presidirá o juiz garante); na presença dos sujeitos (futuras partes) e seus respectivos defensores; sujeitando-se ao disposto para a produção da prova em juízo, ou seja, com os mesmos requisitos formais que deveria obedecer o ato se realizado na fase processual; deve permitir o mesmo grau de intervenção a que teria direito o sujeito passivo se praticada no processo. (LOPES JÚNIOR, 2006. p. 141-143)

Quando da alteração do Código de Processo Penal italiano em 1988, foram traçados os seguintes objetivos centrais: a) mudar de um sistema inquisitório para um sistema acusatório, considerado mais em conformidade com um regime democrático; e b) implantar maior efetividade e eficiência na administração da justiça penal. (SANTOS, 2009, p. 54)

Sempre que houver necessidade da produção antecipada de meios de provas¹³¹, sua eficácia estará condicionada ao cumprimento dos requisitos exigidos quando da produção de provas na fase judicial, ou seja, observância do contraditório e direito de defesa.

Quando da instauração do incidente de produção antecipada de meios de provas, o investigado ou indiciado mostra-se efetivamente como sujeito de direitos, uma vez que deverão ser garantidos todos os direitos resguardados constitucionalmente, diferentemente da produção de atos de investigação, onde o investigado é visto como mero objeto da investigação.

Para se pensar em valoração na sentença condenatória um ato realizado na instrução preliminar sem que tenha sido repetido em juízo, somente através do incidente de produção antecipada de meios de provas¹³². Esse incidente tem a finalidade de jurisdicionalizar e dar aos meios de prova a qualidade de atos de provas e não atos de investigação.

Os meios de provas de caráter técnico realizados na fase do inquérito, como as perícias, tem sido comumente utilizados na fase processual como prova de valor idêntico às colhidas em juízo, tendo em vista ser um meio de prova técnico e, consequentemente, elaborados por pessoas tecnicamente habilitadas. Tratando-se de perícia, já na fase preliminar deveria ser permitido ao defensor do indiciado, assim como na fase processual¹³³, formular quesitos com a finalidade de demonstrar fatos relevantes à tese defensiva a ser trabalhada na eventualidade de uma futura fase processual. Há na fase processual uma valoração da instrução preliminar sem o devido cuidado, sob a pecha do contraditório postergado ou diferido, podendo a defesa se manifestar sobre esses meios de prova em momento futuro, ou seja, a defesa poderá se manifestar somente sobre o resultado existente nos autos.

Outra situação é o levantamento do local do crime que é de essencial importância para a investigação. Ele consiste em analisar a área onde tenha ocorrido o fato supostamente

¹³¹ Como equacionar a necessidade de produção da prova sob pena de perecimento no tempo com o direito ao contraditório e ampla defesa? Além de ser necessário que a autoridade policial, em tais casos, autorize fundamentadamente que o indiciado e/ou seu advogado acompanhe a produção da prova não repetível, a solução está no incidente de produção antecipada de provas, onde instaura-se um procedimento, perante o magistrado, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, com a participação das futuras partes do processo.

¹³² “A produção antecipada de provas tem sua eficácia condicionada aos requisitos mínimos de jurisdicionalidade, contraditório, possibilidade de defesa e fiel reprodução na fase processual”. (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 233-234).

¹³³ Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

criminoso e que exige providências da autoridade policial. Um exame do local do crime bem feito leva importantes informações ao processo, pois estuda-se detalhadamente o local do fato delituoso, por meio de desenhos, fotografias, datiloscopia, realização de croquis e observações pessoais. Os resultados obtidos serão aproveitados no processo sem se preocupar se o denunciado participou ou não da realização desses meios de prova, assim, importante a judicialização daqueles considerados irrepetíveis.

A antecipação da produção de meios de provas não deve acarretar qualquer prejuízo ao investigado. Na antecipação de meios de provas em juízo são observados contraditório e ampla defesa, devendo também ser garantidos na instrução preliminar como requisito para utilização desses meios de provas na fase processual.

5 CONCLUSÃO

1. Os princípios constitucionais devem nortear toda a interpretação da legislação infraconstitucional, não podendo a legislação processual restringir a aplicação dos direitos fundamentais com o fim de buscar maior eficácia na condução dos procedimentos, servindo de diretivas não somente à esfera jurisdicional e legislativa, mas também quando da realização de atos administrativos. A instrução preliminar serve para apurar delitos e deve estar em consonância com os preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

2. Diante da análise acerca do tema ora proposto, conclui-se que a instrução preliminar brasileira deve ser interpretada nos moldes do processo constitucional acusatório quando da antecipação de meios de provas e sejam resguardados os direitos fundamentais ao contraditório e da ampla defesa quando houver manifestação de poder estatal.

3. Desde que a instrução preliminar brasileira entrou em vigor percebe-se nítido tratamento do investigado como mero objeto da investigação e a legislação processual penal deixa esse propósito bem evidente na exposição de motivos, uma vez que foi mantida com o fim de ser mais enérgica e menos garantidora de direitos ao investigado, visto que ele poderia tumultuar a atividade investigativa. Utilizava-se da instrução preliminar como meio de obtenção da verdade sem qualquer participação do investigado.

4. Passadas sete décadas de sua entrada em vigor, a instrução preliminar continua sendo interpretada e utilizada com a mesma visão autoritária da década de 40, período extremamente autoritário e com reflexos na legislação processual brasileira.

5. Após a entrada em vigor da Constituição de 1988, qualquer manifestação de poder estatal deve vir acompanhada de garantias, assim, necessário se faz adequar a instrução preliminar às garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, uma vez que a fase preliminar traz consequências para o investigado.

6. Toda manifestação de poder não pode se dar de forma isolada, não só na fase processual como também na instrução preliminar, uma vez que essa trata-se de fase preparatória ao processo e muitas vezes gerando atos não somente de investigação, mas também atos de provas.

7. A tradição inquisitorial mantém viva a instrução preliminar na contramão dos preceitos Constitucionais. Deve ser afastada a reminiscência de que na instrução preliminar não se admite o contraditório e a ampla defesa, uma vez que o só fato de existir uma investigação contra alguém já há imputação em sentido amplo, merecendo proteção constitucional. A discursividade é elemento essencial na construção do conhecimento,

devendo a fase preliminar se adequar ao modelo acusatório. Imperioso se faz o afastamento da tradição inquisitorial na instrução preliminar, revendo o modo como o Estado trata o investigado e a forma de controle e atuação do modelo inquisitorial presente nas perseguições criminais contemporâneas, adequando-as aos princípios constitucionais e à estrutura acusatória.

8. Nos moldes atuais, a atividade e função da autoridade policial são semelhantes à figura do extinto juiz inquisidor, uma vez que o delegado de polícia exerce atividades que vão de encontro ao processo constitucional acusatório na antecipação de provas urgentes.

9. A instrução preliminar deve se restringir à produção de atos de investigação, no entanto, excepcionalmente, haverá a necessidade de realização de meios de provas e não somente apontar fontes de provas. Meios de provas devem ser realizados na fase processual, com as garantias do devido processo legal, mas, em virtude do risco de não ser possível sua realização em momento futuro, há a necessidade de antecipá-los.

10. Tratando-se de antecipação de ato que deveria ser realizado na fase processual, a instrução preliminar afasta-se de sua finalidade. Em situação ideal, a instrução preliminar não serve para realização de meios de provas, mas apenas para apontar fontes de provas, pois sua finalidade é a produção sumária de elementos para apurar autoria e materialidade do crime, vez que trata-se de procedimento preparatório. Se se tem antecipação de ato judicial na fase preliminar, necessário se faz sua judicialização, uma vez que são irrepetíveis e, conseqüentemente, serão utilizados na fase processual como se ali tivessem sido produzidos.

11. Sempre que houver a necessidade da produção de meios de provas irrepetíveis, necessário se faz a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que ato tipicamente processual será realizado e as provas irrepetíveis serão utilizadas não somente para preparar o processo, mas servirão também como meio de prova para a fase processual.

12. Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa devem ser resguardados sempre que houver manifestação de poder estatal. O investigado não pode ser elidido da produção da prova urgente e irrepetível. Como essa prova não será reproduzida durante a instrução, o investigado estará excluído da possibilidade de participar da formação dos elementos de convicção.

13. Para o avanço e adequação da instrução preliminar ao processo constitucional acusatório, necessário se faz sua adequação aos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa tutelados no texto constitucional. Não basta afastar a participação do investigado para garantir eficiência da investigação, pois, assim, sendo se afastaria por completo sua proteção constitucional.

14. Quando a instrução preliminar produzir somente atos de investigação, sem a instauração do incidente probatório para antecipação de meios de provas irrepetíveis, também deve ser assegurado ao investigado o contraditório e ampla defesa, no entanto, não de forma plena como na fase processual. Instrução preliminar não é processo, assim, nessa fase não serão observados os princípios aplicáveis à fase processual em sua integralidade. O importante é permitir o contraditório e ampla defesa como meio do investigado apresentar informações de seu interesse para o esclarecimento dos fatos em apuração e a legislação processual não é clara nesse sentido.

15. Quando da realização de meios de provas irrepetíveis, as garantias processuais devem ser observadas com a judicialização da captação do meio de prova, uma vez que ele será utilizado também no processo. Atos tipicamente processuais, quando realizados na fase preliminar como se fossem verdadeiros atos de investigação não poderão ser utilizados na fase processual sem a devida participação do investigado, vez que sua finalidade encerra-se com o oferecimento da denúncia, pois caso contrário será considerado apenas ato de investigação.

16. Interpretar a instrução preliminar no contexto de um processo constitucional acusatório exige o afastamento da tradição inquisitorial. Os meios de provas realizados na instrução preliminar devem ser tratados de forma diferenciada e a tradição inquisitorial não entende essa necessidade de adequar a instrução preliminar às garantias do processo constitucional acusatório. É inconcebível que os atos praticados pela autoridade policial sem a participação do investigado tenham valor probatório na sentença, uma vez que não foram realizados perante o juiz com observância dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

17. Quando meios de provas forem realizados na instrução preliminar, será necessário a instauração do incidente probatório para que possam ser utilizados na fase processual, pois o incidente será materializado sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, em harmonia com o processo constitucional acusatório por tratar-se de antecipação de meios de provas irrepetíveis.

REFERÊNCIAS

- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.
- ANDOLINA, Ítalo. **Revista de Processo**. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional.. v. 87, São Paulo: jul./set. 2007, 1997, p. 63-69.
- BRASIL. **Anteprojeto**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009, 133p.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1968.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AZEVEDO, André Boiani e; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). **Boletim do Instituto de Ciências Criminais**, edição nº 137, ano 11, abril/2004, p. 6-8.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 2. ns. 3 e 4. Belo Horizonte: 1º e 2º sem. 1999, p. 89-154.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Revista Forense. v. 337. Rio de Janeiro: jan./mar. 1997, p. 105-123.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) **Crise e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 509-520.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re) forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BINDER, Alberto. **Introdução ao direito processual penal**. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOSO, Helena Schiessl. O inquérito policial no anteprojeto do código de processo penal: será possível abrir mão do defensor no interrogatório policial? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.) **O novo processo penal à luz da constituição (análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. Trad. Henrique Enrique Figueroa Alfonzo. México: Episa, 1997.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.) **O novo processo penal à luz da constituição (análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Processo e jurisdição constitucional. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 447-467.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.) **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 235-262.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e, A.C.A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e, A.C.A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Inquérito policial: novas tendências e práticas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.7, n.83, p. 12-13, out. 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal. Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Tomo I. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O sigilo do inquérito policial e os advogados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 18, abr.-jun. 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 3-56.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 221-231.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.) **O novo processo penal à luz da constituição (análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-18.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental é processualização. In: **Constituição e processo**. DIDIER JÚNIOR; WANBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). Salvador: Jus Podivm, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 7. n. 13 e 14. Belo Horizonte: 2º sem. 2005, p. 150-163.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: GALLUPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC/Minas, 2006, p. 653-663.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: DIAS, Ronaldo de Carvalho Dias e NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 217-252.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos constitucionais da jurisdição no estado democrático de direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 277-309.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FARIAS, Klelton Mamed de. **Há produção de provas no inquérito policial?** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 05/09/2010.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FARIAS, Klelton Mamed de. **Há produção de provas no inquérito policial?** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 22/09/2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. 2. ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1997.

FERNANDES, Antônio Scarance. Rumos da investigação no direito brasileiro. In: **Boletim do Instituto Pedro Pimentel**, Ano V, nº 21, jul./set. 2002, p. 12-13.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. História da violência nas prisões**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 1999.

FREYESLEBEN, Marcio Luis Chila. **O ministério público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; SCLIAR, Fábio. **Crise do Inquérito Policial?** Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 17/09/2011.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **Roteiro prático do inquérito policial**. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 23/10/2011

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

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentário à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de san José da costa rica**. 2. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 7, n. 27, p. 71-79, jul./set. 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal modelo para ibero-américa na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, a. 1, n. 1, p. 41-63, jan./mar. 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.86.

JÚNIOR, João Lopes Guimarães. Dominus litis? **Boletim do IBCCRIM**. nº. 65. abr. São Paulo, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V1. Trad. Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

INCONTRI, Dora. **Para Entender Allan Kardec**. São Paulo: Lachâtre, 2004.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2006. Tese (Doutorado) – Faculdade Mineira de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001, v. 2.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). **Estudos continuados da teoria do processo**. Porto Alegre: Síntese, 2001. v.II, p. 13-25.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 9. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. I. Niterói: Impetus, 2011.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. Bom para que(m)?: **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 9-10, jul. 2008. Acesso em 02/04/2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v.1.

LOPES, Fabio Motta. O inquérito policial é mera peça informativa?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 181, p.10, dez. 2007.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Bookseller, 1997.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O juiz de garantias e a compreensão do processo à luz da constituição: perspectivas desde a virada hermenêutica no direito brasileiro** In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, GRANDINETTI, Luis Gustavo Castanho de Carvalho (Org.). **O novo processo penal à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MISSE, Michel. **O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica**. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ/BOOKLINK, 2010.

MORAES, Bismael Batista de. **Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2009, 1. ed. 2008, 1. reimpr. 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHEIRO, Everardo José Yunes. **O sistema ideal de investigação preliminar à luz da CF/88 com breves citações no direito comparado**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em 15/07/2011.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. A polícia judiciária e as regras orientadoras do processo penal. In: **A polícia à luz do direito**. São Paulo: RT, 1991.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Inquérito policial: exercício do direito de defesa**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.7, n.83, out. 1999.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **Principais instituições do processo penal brasileiro e elaboração legislativa de novo código de processo penal: inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 697, nov. 1993.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Dey, 1998.

SÁ, Priscila Placha. Juiz de garantias: breves considerações sobre o modelo proposto no projeto de lei do senado 156/2009. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.) **O novo processo penal à luz da constituição (análise crítica do projeto de lei nº 156/2009, do Senado Federal)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004.

SAAD, Marta. Duas formas de ciência da acusação, premissa para pleno exercício do direito de defesa: acusação formal, certa e definida e acesso aos autos do inquérito policial. In VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. **Crimes econômicos e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Conceição Gomes (Coord.). **A justiça penal. Uma reforma em avaliação**. Centro de Estudos Sociais. Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Final_Monitorizacao_Julho_2009.pdf. Acesso em 27/06/2010.

SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. São Paulo: LED, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA FILHO, Alberico Alves da. Jurisdição constitucional e judicação na teoria do direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual**. Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 3, p. 127-179.

SILVA JUNIOR, Euclides Ferreira da. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

SORIANO, Ramon. **El derecho de habeas corpus**. Madri: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1986.

SOUZA, José Barcelos de. **A defesa na polícia e em juízo: teoria e prática do processo penal**. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1980.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TORRES, Laertes de Macedo. **Estudos sobre execução penal**. São Paulo: Soge, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 33. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOVO, Paulo Cláudio. Democratização do inquérito policial. In: **Estudos de Direito Processual Penal**, vol. II, Coord. Paulo Claudio Tovo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.354**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 24/09/2004.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Lerner, 1968.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os bons ventos de Haia. In **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, nº 190, set. 2008, p. 13-14.