

# INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: SIGNIFICADO E IMPLICAÇÕES

**Claudio Fonteles**

Professor de Direito Processual Penal e membro do Ministério Público Federal

EMENTA: 1. Necessidade da investigação preliminar: evitar a acusação temerária, leviana, desprovida de elementos concretos, indicadores do fato e sua autoria delituosa (dados concretos de verossimilhança sobre o evento). 2. Inquérito policial: procedimento anacrônico, burocratizado e comprometedor das garantias individuais. 3. Juizado de instrução: graves inconvenientes. Inconstitucional diante do sistema acusatório consagrado em nossa Constituição (artigo 129,I). 4. Ministério Público: atuação decisiva na investigação preliminar: compatibilidade plena dentro do sistema acusatório. 5. Poder Judiciário: controle, em plenitude, sobre a existência e formação da investigação preliminar pelo procedimento de provocação dos interessados. Juiz da investigação, e não de investigação. 6. Ministério Público e Polícia de Investigação: missão conjunta no Estado Democrático de Direito: não sujeição ao Poder Executivo, mas compromisso com a pessoa humana e a sociedade. Preservação do viver em comunidade com Justiça e Paz.

Em pauta, e mais uma vez, a reforma do Código de Processo Penal brasileiro, permito-me destacar, e então examinar pontualmente, tema atinente ao “juizado de instrução”.

Situa-se no momento da investigação sobre o evento acontecido; etapa, portanto, preliminar, por anteceder o ajuizamento, ou não, da pretensão punitiva.

Tradicionalmente, essa etapa vem sendo cumprida pelo inquérito policial.

Antes de nos determos no exame do inquérito policial, em si, para o propósito apontado, convém indagar: há necessidade de investigação preliminar?

Estamos em que sim.

O prof. Aury Celso L. Lopes Jr., em excelente artigo sobre o que ora tratamos, cita Carnelutti, a estabelecer que, *verbis*:

“encuesta preliminar no se hace para la comprobación del delito, sino solamente para excluir una acusación aventurada”. (*in* – A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no Processo Penal – p. 60, grifamos)

É certo!

À comprovação, ou não, do delito destina-se o processo penal de conhecimento, assentado essencialmente na instrução judicial contraditória que, em nosso País, desenvolve-se ante o juízo monocrático.

Tudo porque é marca do processo penal de conhecimento, o princípio da busca da verdade real – artigo 156, parte final, do C.P.P. –, que significa a reconstrução histórica do acontecido, em juízo, sob a completa igualdade das partes na produção probatória – o contraditório – e a ampla oportunidade à defesa – a plena defesa –, para que o convencimento judicial expresso na sentença definitiva, porque de mérito, seja devidamente motivado (princípio da persuasão racional: artigo 157, C.P.P.).

Portanto, fique estabelecido: a investigação preliminar não tem razão de ser na comprovação do delito – assim fosse, coerente então que terminada esta ou teríamos o delito comprovado, ou não comprovado. E qual a razão de ser da relação processual penal subsequente, e dizê-la preliminar por quê?

Em verdade, postulado do Estado Democrático de Direito está no exigir-se de quem fala pela Sociedade – o Ministério Público – acusação pública assentada em dados concretos de verossimilhança sobre o evento.

Aliás, a mais reforçar essa conclusão, evitando-se, outrossim, o uso burocratizante, e *de per se* intimidatório, do processo penal – o que é intolerável anomalia por deformar o caráter exclusivamente instrumental do processo –, impostergável faz-se a consagração do momento chamado “contraditório prévio”, ensejando o amplo debate sobre a acusação ajuizada, dado que antes da decisão judicial de admissibilidade, abre-se ao acusado o amplo direito de resposta, o que também redundaria na exigência judicial de motivação sobre a viabilidade jurídica da acusação posta, e rebatida, de instaurar, ou não, a relação processual penal.

Tornemos ao ponto: estabelecido que a investigação preliminar destina-se a propiciar acusação pública assentada em dados concretos de verossimilhança sobre o evento, é de se perguntar: esta é tarefa cometida, exclusivamente, à polícia; ou o juiz instrutor passa a ser o principal protagonista, servindo-o a polícia, e alheio à atividade do Ministério Público; ou o Ministério Público passa a atuar decisivamente na investigação preliminar?

Como já dissemos antes, a tradição vem centrando no inquérito policial essa tarefa.

Todavia, esse espaço mantido pela tradição, já não é de hoje, não atende aos reclamos da Sociedade brasileira.

O Delegado de Polícia, Dr. Heraldo Gomes, que foi Secretário da Polícia Civil no Governo Moreira Franco, em artigo publicado, fez assentar que, *verbis*:

“O atual procedimento preliminar de repressão na apuração de crimes, denominado INQUÉRITO POLICIAL, é hoje, diante da escalada criminal e da audácia dos marginais, um instrumento de defesa social superado, porque lento e, apenas com valor

informativo, não dá pronta resposta à agressão criminal; servindo, ainda, para ensinar contradição em benefício do acusado, pela não confirmação na Justiça dos atos formalizados na Polícia”. (in-Revista de Direito da Defensoria Pública – nº8- p. 70, grifamos)

O Magistrado Álvaro Lazzarini não destoa, *verbis*:

“Conclusão

Vale concluir que não tem mais sentido a existência de um verdadeiro fosso entre o entendimento policial da ocorrência e a sua comunicação à Justiça Criminal. Isso se deve ao anacrônico inquérito policial, que é procedimento inquisitorial de reconhecida inutilidade jurídica. Sendo mera peça informativa, o que nela se contém deve ser repetido perante o Juiz. Elaborado sem a participação do Ministério Público e do advogado de defesa, o inquérito não raro cria situações constrangedoras para suspeitos, vítimas e testemunhas”. (in –Revista de Informação Legislativa nº 101, p. 206, grifamos)

E conclui, *verbis*:

“O inquérito policial, que atravanca a polícia judiciária, é fonte de corrupção, gerador de violências e de fatos de descrença da população na Justiça Criminal. Um País, que é a oitava economia do mundo, domina o ciclo nuclear e tantos outros avanços científicos, não pode continuar arcaico numa área tão importante. Países muito mais pobres já resolveram este problema, até porque a solução não é difícil e depende muito mais de vontade política do que qualquer outra coisa”. (ainda: p. 206, grifamos)

O Advogado Sebastião Rodrigues Lima, então Secretário-Geral do Instituto dos Advogados Brasileiros tem o mesmo pensamento sobre o inquérito policial, *verbis*:

“Aduz, ainda, o consagrado jurista Dr. DUNSHEE DE ABRANCHES, que o saudoso ASTOPHO DE REZENDE, que

foi delegado de polícia no Rio de Janeiro e chegou a catedrático interino de Direito Penal na Universidade do Brasil, escreveu que as comissões que elaboraram, em 1910 e 1924, os projetos de Código de Processo Penal, do então Distrito Federal, foram levadas a propor, sem sucesso, a abolição do inquérito policial, devido 'a necessidade de salvaguardar os altos interesses da sociedade, sempre em perigo no condenado e condenável sistema dos inquéritos policiais, como também os direitos dos próprios acusados'.

Todos sabemos que só depois que o Promotor Público recebe os autos do inquérito, já com o resultado das investigações policiais, é que as autoridades judiciais são chamadas a intervir, via de regra fazendo repetir em juízo a maioria das provas colhidas na fase policial, notadamente a prova testemunhal, com prejuízos incomensuráveis para todos, sem exceção, porque daí advêm delongas e deformações já cantadas em prosa e verso, as quais na maioria das vezes não só emperram, mas também, e principalmente, dificultam, quando não impedem a ação da Justiça”. (*in* – Revista Informação Legislativa – nº 65 – pg. 187, grifamos)

Então, a solução está em, criando “o juizado de instrução”, transferir o centro do trabalho investigatório ao Juiz?

Por certo que não!

O prof. Aury Celso Jr., com muita propriedade, elenca o que denomina de graves inconvenientes ínsitos ao “juizado de instrução”, *verbis*:

“a) É um modelo superado e intimamente relacionado à figura histórica do juiz inquisidor, pois sua estrutura outorga a uma mesma pessoa as tarefas de (*ex officio*) investigar, proceder à imputação formal (o que representa uma acusação *lato sensu*) e inclusive defender. Isso levou a uma *crisis de la instrucción preparatoria y del juez instructor* pois esse modelo é apontado

como o mais grave impedimento à plena consolidação do sistema acusatório.

b) O grave inconveniente que representa o fato de uma mesma pessoa decidir sobre a necessidade de um ato de investigação e valorar a sua legalidade. Nesse sentido, a Exposição de Motivos de Código Processual Modelo para Ibero-América aponta que 'não é suscetível de ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e, ao mesmo tempo, em um guardião zeloso da segurança individual; o bom inquisidor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor'.

c) Transforma o processo penal (*lato sensu*) em uma luta desigual entre o inquirido, o juiz-inquisidor, o promotor e a polícia judiciária. Essa patologia judicial acaba por criar uma grave situação de desamparo, pois se o juiz é o investigador, quem atuará como garante?

d) Por vício inerente ao sistema, a instrução judicial tende a se transformar em plenária, comprometendo seriamente a celeridade que deve nortear a fase pré-processual.

e) Representa uma gravíssima contradição lógica, pois o juiz investiga para o promotor acusar, e o pior, muitas vezes contra ou em desacordo com as convicções do titular da futura ação penal. Em definitivo, se a instrução preliminar é uma atividade preparatória que deve servir, basicamente, para formar a *opinio delicti* do acusador público, deve estar a cargo dele e não de um juiz, que não pode e não deve acusar.

f) Gera uma confusão entre as funções de acusar e julgar, com inegável prejuízo para o processo penal.

g) Por fim, outro grave problema da instrução judicial está no fato de converter a instrução preliminar em uma fase geradora de provas, algo absolutamente inaceitável frente ao seu caráter

inquisitivo. A maior credibilidade que normalmente geram os atos do juiz instrutor pode levar a que a prova não seja produzida no processo, mas meramente ratificada. O resultado final é a monstruosidade jurídica de valorar na sentença elementos recolhidos em um procedimento preliminar em que predomina o segredo e a ausência de contraditório e defesa. Não se pode olvidar que a instrução preliminar serve para aclarar o fato em grau de probabilidade, e está dirigida a justificar o processo ou o não-processo, jamais para amparar um juízo condenatório”. (artigo citado p. 67/68, grifamos)

Por outra perspectiva, a menos que se altere a Constituição Federal, a instituição do “juizado de instrução” por reforma na legislação codificada é flagrantemente inconstitucional!

Com efeito, o inciso I, do artigo 129, da Constituição Federal, que consagra o sistema acusatório, expressamente conferindo ao Ministério Público, como função institucional sua, vale dizer, como sua razão de ser, a prerrogativa de ser titular, privativamente, da ação penal pública; assim, separando a função de acusar da função de julgar, e cometendo-as a “agentes políticos” – sujeitos – diversos e inconfundíveis, por certo não autoriza que o Juiz ponha-se a investigar, para preparar acusação suficiente do Ministério Público, para que depois outro Juiz receba, ou rejeite, dita acusação.

Importa, então, indagar: deve o Ministério Público passar a atuar decisivamente na investigação criminal?

Por certo que sim!

De plano, como justificar-se que o titular exclusivo da ação penal pública quem, portanto, elabora e apresenta a pretensão punitiva ao Juiz – fique divorciado, alheio, ao trabalho de investigação preliminar?

É completo *non sense*!

Corretamente assevera o Prof. Aury Celso Jr., *verbis*:

“A investigação preliminar está – basicamente – dirigida a decidir sobre o processo ou o não-processo, e por isso deve ser uma atividade administrativa a cargo do titular da ação penal. Ninguém melhor do que ele para preparar o exercício da futura acusação. É uma incongruência lógica que o juiz investigue para o promotor acusar. Se o MP é o titular constitucional da ação penal pública – atividade fim – obviamente deve ter ao seu alcance os meios necessários para lograr com mais efetividade esse fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar ao seu mando.

Atribuir ao Ministério Público o comando da investigação preliminar é a melhor solução para o processo penal brasileiro, principalmente se levarmos em conta que o MP no Brasil é independente, gozando das mesmas garantias da Magistratura. Possui poderes tanto no plano constitucional (art. 129 da CF), como também no orgânico (especialmente nos arts. 7º e 8º da Lei 75/93 e art. 26 da Lei 8625/93), para participar da investigação ou realizar seu próprio procedimento administrativo pré-processual.

Sem embargo, é imprescindível que a polícia judiciária esteja a serviço do MP, com clara subordinação funcional (ainda que não orgânica). O controle externo da atividade policial está timidamente disciplinado pela Lei Complementar 75/93 e não corresponde ao esperado e muito menos ao necessário. Continua faltando um dispositivo que diga de forma clara que 'o Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial, dando instruções gerais e específicas para a melhor condução do inquérito policial', as quais estarão vinculados os agentes da polícia judiciária. As instruções gerais correspondem às grandes linhas da instrução preliminar, de forma genérica e abstrata, conforme os critérios de política criminal traçados pela instituição. Um dos maiores problemas que enfrenta o MP para acompanhar o IP é a falta de informação, mais especificamente, o fato de não canalizar a notícia-crime. Através das instruções gerais, o MP



poderia, por exemplo, determinar que todos os Boletins de Ocorrência relacionados com determinados tipos de delitos – crime organizado, homicídio, etc. – fossem imediatamente enviados à promotoria correspondente. Para que definisse a linha de investigação ou simplesmente tivesse *ab initio* plena ciência da investigação. No segundo caso, o Ministério Público se reservaria o poder de intervir diretamente em um caso concreto, isto é, dando instruções específicas sobre como deverá ser realizado o inquérito policial naquele caso, atendendo a suas especiais circunstâncias.

Isso não significa que todos os fatos devam ser- obrigatoriamente – noticiados direto ao MP e tampouco que o promotor deva ficar 24 horas por dia na delegacia. Nada disso. Caberá ao MP definir instrumentos para um controle periódico de tudo que chegar ao conhecimento da polícia, estabelecendo quais delitos – por sua gravidade ou complexidade – devam ser imediatamente levados ao seu conhecimento, para que *ab initio* controle toda a investigação. Nesses delitos graves, a presença do promotor será imprescindível e se fará notar pela sua constante intervenção e estrito controle da atividade policial. Nos demais casos, o promotor poderá definir uma espécie de procedimento padrão, estabelecendo que investigações devem ser realizadas e de que forma, assim como que diligências não poderão ser realizadas sem a sua presença. Em linhas gerais, assim atua o promotor nos sistemas em que a investigação preliminar está a cargo do MP. Em suma, entendemos que a figura do promotor investigador é a mais adequada para nossa realidade, exigindo-se apenas uma melhor definição do que se entende por controle externo da atividade policial para permitir ao MP dar as instruções gerais e específicas necessárias para o satisfatório desenvolvimento da instrução preliminar”. (artigo citado – p. 77/78, grifamos)

Mas, assim, não estaríamos a hipertrofiar o papel do Ministério Público?

Estamos em que não!

O Juiz não está posto fora da investigação preliminar.

Não seria, como bem coloca o Prof. Aury Celso Jr., juiz de instrução, mas juiz da instrução. Vale dizer, o Magistrado, em plenitude, exerce o que lhe é próprio exercer: o controle jurisdicional dos atos investigatórios, pelos procedimentos de provocação dos interessados. Assim: deliberaria sobre pleito pelo trancamento da investigação preliminar; sobre busca e apreensão; sobre escuta telefônica; sobre excesso de prazo na conclusão da investigação; sobre liberdade provisória; sobre concessão de fiança; enfim sobre todas as situações que signifiquem o decidir sobre o que possa ser conflitivo entre investigador e investigado.

É óbvio que o Juiz, assim visto no que lhe é próprio ver, não tem porque requisitar, iniciando investigação preliminar contra quem quer que seja, tampouco ter a investigação preliminar tramitando entre si e a polícia. Isto é verdadeiro descompasso!

A tramitação da investigação preliminar deve acontecer direta e desburocratizadamente entre Ministério Público e Polícia de Investigação.

Com isso, a Polícia de Investigação, no Estado Democrático de Direito, como órgão da Sociedade, e não departamento da estrutura centralizada da Administração Pública, leia-se do Poder Executivo, longe ficará das inevitáveis pressões político-partidárias, e, assim, Polícia e Ministério Público, poderão, juntos, e de forma muito mais célere, efetiva e independente, responder aos anseios de Justiça criminal que não seja seletiva, sempre em detrimento do mais fraco, do excluído, mas que contemple a todos, sem injunções preconceituosas.

O Estado Democrático de Direito é o que impõe limites a si próprio, e essencialmente na sua tarefa administrativa – Poder Executivo –, não só para que a pessoa humana dotada seja de garantias efetivas, até que aconteça o ato final de privação de sua liberdade, se assim se concluir judicialmente, mas também para que a sociedade, comprometida com os valores

de Justiça e Paz, únicos capazes de a todos propiciar igualdade nas oportunidades, possa voltar-se contra quem quer que seja – ricos e pobres – que, por condutas concretas ofensivas à vida; ao patrimônio público e privado; à saúde; ao meio ambiente; etc., comprometam o viver em comunidade.

