

O INQUÉRITO POLICIAL NO PROJETO DE CPP

SERGIO DEMORO HAMILTON *

1. O Projeto de Lei do Senado de nº 156, 2009, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Penal, proveniente dos trabalhos da Comissão Mista de Juristas¹, criada pelo Requerimento nº 227, de 2008, encontra-se em fase de elaboração legislativa nas Casas do Congresso Nacional.

Vimos, aos poucos, analisando alguns tópicos do Projeto. Agora, é chegada a vez do inquérito policial, exceção feita à parte relativa ao arquivamento, que já tivemos a ocasião de examinar em publicação anterior², com destaque especial, tendo em conta a profunda modificação sofrida naquele instituto processual, de molde a adaptá-lo ao sistema acusatório, por imposição constitucional, e que se afasta, por completo, da disciplina do art. 28 do atual CPP. Por tal motivo, entendemos que deveria merecer tratamento específico em relação às demais matérias que informam a fase pré-processual.

2. O inquérito policial vem regulamentado no Livro I (Da persecução penal), do Título II (Da investigação criminal), e de forma específica, no Capítulo III (Do Inquérito Policial) do Título II do Projeto. Mais precisamente, do art. 19 ao art. 40.

Fixada a topologia do inquérito no contexto do Projeto, passa-se, agora, ao exame das suas peculiaridades.

* SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário (aposentado).

1. Compunham a Comissão que elaborou o Anteprojeto, o Ministro Hamilton Carvalhido, Coordenador da Comissão, e os Drs. Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator-geral), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Félix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

2. "O arquivamento no Projeto de reforma do Código de Processo Penal", in Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, nº 37, pp.78 e seguintes, "Editora Magister Ltda", Porto Alegre, RS, 2010.

3. O Título II cogita da investigação criminal *lato sensu*, demonstrando, desde logo, que o inquérito policial, embora peça de informação fundamental e ordinária de investigação, não se apresenta como indispensável para servir de base para a acusação. Nessa ordem de ideias, qualquer suporte probatório idóneo pode instruir a denúncia (art. 36). Aliás, nesse ponto, o Projeto não discrepa do atual Código, como evidenciam os arts. 12, 27, 28, 39 § 5º e 46 § 1º do CPP.

A novidade primeira surge com a criação da figura jurídica do “investigado” (art. 10 do Projeto) que se caracteriza a partir do ato ou procedimento em relação à pessoa sobre a qual recaem meras indicações (menos que indícios) de autoria ou participação da prática de uma infração penal, independentemente da qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação.

Portanto, antes de qualquer indiciamento, a autoridade investigante deve procurar as fontes de prova que lhe chegarem ao conhecimento, verificando se elas tem fundamento razoável a respeito da infração penal noticiada.

Importante dispositivo vem cogitado no art. 11 e seu parágrafo do Projeto no sentido de resguardar a intimidade e a vida privada não somente dos sujeitos secundários do procedimento (vítima e testemunhas) como também do próprio investigado de maneira que não sejam eles submetidos à exposição dos diversos meios de comunicação. A reforma de 2008 já tomara iguais cuidados ao versar sobre os procedimentos e sobre a prova oral (Leis 11.719 de 20.06.2008 e 11.690 de 09.06.2008).

Permite-se ao investigado e a seu defensor acesso ao material já produzido no decorrer da investigação criminal, salvo, evidentemente, no que concerne estritamente às diligências em andamento, como é óbvio.

Parece-me que o Projeto foi longe em demasia assegurar ao **próprio investigado** pleno acesso aos autos do procedimento respectivo, ensejando sério risco para o material já produzido que, inclusive, pode ser inutilizado de forma violenta ou sub-reptícia pelo próprio interessado na sua destruição. Qualquer abuso que pudesse ocorrer por parte da autoridade policial seria, de pronto, sanado pelo juiz das garantias, responsável pelo controle da legalidade da investigação (art. 15 do Projeto) sem que haja necessidade desta perigosa providência.

Aliás, pretender-se estabelecer tal participação na fase de investigação, ao ponto de permitir-se o acesso do próprio investigado no procedimento respectivo em que ele é o maior interessado, como sujeito da relação de direito material, ressaibe a absurdo. E, não há negar, tal se tornará, perfeitamente, possível na medida em que o investigado for tomando conhecimento dos fatos já apurados, gerando uma situação de perigo para a vítima e para as testemunhas, sem falar nas investigações em andamento, que podem vir a ser afetadas.

Por sinal, como já escrevi³ sempre me pareceu que a presença do advogado na fase de inquérito policial não guarda compatibilidade com o caráter inquisitivo desta fase procedimental, embora autorizado por lei (art. 7º, XII, XIV, XV e parágrafo primeiro da Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da OAB). Agora, com a presença do juiz das garantias na fase de investigação, a medida torna-se ainda mais equivocada, pois qualquer ilegalidade será, de pronto, erradicada.

É preciso que não haja confusão entre acesso à investigação e aos autos respectivos, com o contato do investigado com seu advogado, quando preso, garantia constitucional absolutamente correta e indispensável (art. 5º, LXIII).

Em alusão a este aspecto, a referência ao “sigilo necessário à elucidação do fato” objeto da investigação, prevista no art. 11 do Projeto, retrata hipocrisia pura.

A fase de investigação encerra-se com os arts. 13 e 14 do Projeto. O primeiro assegura ao investigado o direito de ser ouvido antes da conclusão da investigação. É evidente que o investigado terá direito ao silêncio, sem que dele se possa extrair qualquer conclusão negativa para a sorte do acusado no futuro processo. Se mesmo perante o juiz ele não está obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas (arts. 65, IV e V e 70 do Projeto e art. 5º, LXIII CF), soa evidente que o investigado, nesta fase preliminar, pode permanecer calado. De qualquer forma, deverá ser dado ao mesmo o direito de optar pela fala.

Já o art. 14 do Projeto constitui perigosa violação ao sistema inquisitivo ao permitir-se ao advogado ou outro qualquer mandatário “identificar fontes de prova em favor da defesa” ou “entrevistar pessoas”. Em primeiro lugar porque, nesta fase, não há falar em defesa nem em análise de prova. Isto fica para ser feito em juízo sob o crivo do contraditório. É certo que o parágrafo único do art. 14 procura mitigar o grave equívoco, fato que não exclui o prejuízo que a investigação possa vir a sofrer. Para tanto, existe o processo que se seguirá à investigação, quando então, o réu gozará de **ampla** defesa (art. 5º, LIV e LV da CF). Pretender-se fazer no inquérito policial atos de exaustiva defesa, faz lembrar a severa crítica formulada pelo saudoso e notável professor José Frederico Marques, que, ao fustigar tal atitude, usava a expressão “demagogia forense” que adulterava, “a todo custo”, o caráter inquisitivo da investigação⁴.

3. In “Réquiem para o sigilo no inquérito policial”, pp 112 e seguintes, in “Revista da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. 7, nº 25, Rio de Janeiro, 2004.

4. Marques, José Frederico, in “Elementos de Direito Processual Penal”, v.I, p. 57, “Forense”, Rio-São Paulo, 1961, 4ª edição.

Trata-se, além de tudo, de uma indevida intromissão na vida de “pessoas”, que contrasta com a preservação da sua intimidade e viola a proteção que elas devam merecer, feita por “mandatários” do investigado, que não precisam, sequer, ser advogados do mesmo. Providência, no meu entendimento, de grave perigo, para tais “pessoas” que poderão ser vítimas de coação ou coisa pior.

4. O Capítulo II, do Título II, do Livro I traz a grande novidade da fase pré-processual: o Juiz das Garantias (art. 15 a art. 18 do Projeto). Sua função, como responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata da inviolabilidade pessoal do investigado, tem por finalidade manter o distanciamento do juiz do processo, que será o responsável pela decisão de mérito, assegurando, assim, a sua isenção. É certo que a medida importará em alteração da organização judiciária dos tribunais e, é justamente neste ponto, que reside a grande dificuldade da sua implantação, particularmente nas pequenas comarcas.

Tecnicamente, uma vez adotado o sistema acusatório puro, pelo menos na fase de investigação, o juiz das garantias, no meu entendimento, retrata uma providência salutar. É criação nossa, não tendo, tanto quanto eu saiba, similar em qualquer outro país. Nessa ordem de idéias, cabe à polícia investigar, sob controle externo do Ministério Público, restando ao juiz das garantias o controle da legalidade da investigação criminal e a salvaguarda dos direitos individuais, “cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário” (art. 15). O juiz do processo, nesta fase, não intervém, já que a ele incumbirá a decisão da causa penal.

Assim mesmo, antevejo dificuldades quase intransponíveis de estrutura material para seu funcionamento, a partir do recrutamento de juízes e funcionários da justiça, sem falar na instalação das sedes para o funcionamento dos juzgados respectivos. Haverá recursos financeiros para a sua instalação e manutenção?

Precisa ficar bem claro que o juiz das garantias nada tem a ver com o juzgado de instrução, onde atuam dois juízes. O primeiro colhe as provas em processo inquisitivo; já o segundo é o magistrado que irá julgar o feito criminal, sob o crivo do contraditório.

O juzgado de instrução, ao meu pensar, é incompatível com o sistema acusatório adotado na Constituição Federal. Juiz julga e quem julga não investiga.

A competência do juiz das garantias é ampla só não abrangendo as infrações de menor potencial ofensivo, pois nestes procedimentos não há, sequer, inquérito (art. 284 do Projeto). Demais disso, seria incompatível com os princípios da celeridade e da informalidade do rito sumariíssimo, hoje incorporado, a partir da reforma processual de 2008, ao atual Código de Processo Penal e ao próprio Projeto (art. 273 a art. 301).

Oferecida a denúncia incumbe ao juiz do processo assumir a jurisdição plena, não estando ele vinculado às decisões do juiz das garantias, podendo, assim, reexaminá-las, inclusive aquelas relacionadas com as providências cautelares em curso. Porém, os autos formados com as providências levadas a efeito pelo juiz das garantias serão juntadas aos autos do processo. É o que dispõe o art. 16 e seus parágrafos.

Da mesma forma, fica, por uma questão de coerência, o juiz das garantias que praticar qualquer ato incluído no art. 15 (que delimita a sua competência) impedido de funcionar no processo que se seguir (art. 17).

5. O inquérito policial propriamente dito é o núcleo da investigação (Capítulo III). A matéria vem dividida em 07 (sete) Seções, que serão examinadas em seus pontos relevantes, compreendidas do art. 19 ao art. 40.

Na Seção II a primeira questão a merecer relevo prende-se ao art. 20, II, que, acertadamente, aboliu o poder de requisição da autoridade judiciária para dar início ao inquérito policial. Com efeito, o art. 5º, II do atual CPP, nesse ponto, é incompatível com o sistema acusatório, que veda, nesta fase, qualquer iniciativa de persecução criminal por parte do juiz.

Igualmente, merece encômio a possibilidade de um controle da vítima ou de quem tiver qualidade para representá-la em relação ao indeferimento ou a omissão da autoridade policial no sentido da instauração do inquérito. Estabelece o Projeto, quando aquela situação ocorrer, um recurso hierárquico para a autoridade superior. Pode a vítima também representar diretamente ao Ministério Público, (art. 20, § 2º), que, se for o caso, requisitará a instauração de inquérito (art. 20, II). O Código em vigor já prevê providência assemelhada, porém, bem mais imperfeita. Aqui, adquire sentido a seguinte anotação: não me parece que o prazo fixado para o recurso hierárquico seja de preclusão forte, uma vez que, enquanto não estiver extinta a punibilidade, a providência poderá ser tomada em face do Ministério Público.

Tal controle, sem dúvida salutar, dos atos de inquérito dá-se, também, em matéria de arquivamento, como já assinalamos em estudo anterior⁵ (art. 38 e parágrafo primeiro).

O art. 23 contém expressa determinação no sentido dos cuidados a serem observados quando a infração penal for praticada por policial ou contar com sua participação. Haverá controle interno (partindo da própria Corregedoria-Geral de Polícia) e externo (oriundo do Ministério Público). Ambas autoridades deverão ser, **imediatamente**, comunicadas da ocorrência. Outra medida de grande valia para que a seriedade da investigação não seja comprometida, como de fácil constatação.

5. Cf. item 2 destas notas de rodapé.

O art. 24 cogita do investigado que goza de foro privativo (extensível a outros investigados, na hipótese de crimes conexos ou de concurso de pessoas). Em ocorrendo tal situação processual caberá ao órgão do tribunal competente autorizar a instauração do inquérito policial, bem como funcionar como juiz das garantias. Reveste sentido uma crítica ao aludido dispositivo, tendo em conta o sistema acusatório, adotado em nosso processo, que sofre um arranhão. Em casos que tais, a peça de informação respectiva deveria ser dirigida ao Procurador-Geral que, se fosse o caso, requereria a instauração do inquérito ao tribunal competente para o processo e julgamento do investigado.

6. A Seção III, que trata das diligências investigatórias (art. 25 a art. 30), repete algumas regras que já se encontram no atual Código de Processo Penal, tais como aquelas contidas no art. 6º, mas acrescenta algumas novidades advindas da reforma processual ocorrida em 2008 (Lei 11.690/2008 e Lei 11.719/2008).

A primeira relaciona-se com a ressalva feita no art. 25, que registra, como é natural, que as diligências não se aplicam ao procedimento sumariíssimo regulado no art. 273 e seguintes, que incorporou, praticamente, ao Projeto a Lei 9.099/95, que passou a constituir o procedimento sumariíssimo, tal como foi efetivado na reforma processual de 2008.

O próprio art. 25 repete, em linhas gerais, o atual art. 6º do CPP, inclusive na imperfeição técnica contida na colocação do inciso IV (atual III), visto no meio da enumeração, quando, por tratar-se de norma de encerramento, deveria situar-se no inciso X, isto é como último inciso do artigo.

Verifica-se, também, que o art. 26 do Projeto, que complementa as diligências a cargo da autoridade policial, igualmente, incorpora alguns preceitos do atual Código de Processo Penal, incluindo determinações oriundas do sistema que adota, como se vê do art. 26, I, II e VII, decorrentes das inovações originárias das reformas ocorridas em 2008 provenientes das Leis 11.690/2008 e 11.719/2008, com o acréscimo decorrente da figura do juiz das garantias, novidade do Projeto (art. 26, II).

Também no art. 30 se fazem presentes novidades já incorporadas à nossa legislação, através da reforma processual de 2008 e da Lei 11.900/2009, ao permitir a gravação por áudio ou filmagem no que respeita ao uso da prova oral (interrogatório do investigado, declarações da vítima e depoimento das testemunhas), com o fim de obter maior fidelidade das informações prestadas, podendo tanto o Ministério Público como o investigado solicitar a sua transcrição (art. 26, § 2º).

7. O indiciamento passa, agora, a ser um ato formal, ocupando o art. 31 (Seção IV). Quando reunidos elementos **suficientes** que apontem a autoria da infração penal, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, **fundamentadamente**, a condição jurídica de "indiciado". Acrescenta a

lei: com todas as garantias constitucionais e legais. A observação final, embora correta, torna-se ociosa, pois mesmo quando ainda investigado tais garantias já lhe eram asseguradas, como se impunha.

É interessante observar que, quando o inquérito policial tiver início pelo auto de prisão em flagrante, a autoridade policial **poderá** conferir ao preso, desde logo, a condição de indiciado ou reservar-se para fazê-lo até o relatório final. Portanto, o mero investigado pode ser preso em flagrante desde que satisfeitas as condições que autorizem a cautelar.

Não se previu a hipótese de o investigado escafeder-se, tomando rumo ignorado. Como proceder? Uma vez que o art. 147 do Projeto, aplica-se, tão somente, aos processos, deve o inquérito policial prosseguir, promovendo a autoridade a qualificação indireta do investigado, na fase de indiciamento, sem prejuízo de providenciar, desde o início das investigações, a colheita de todas as provas (dados), sob pena de perecimento. Só assim a acusação poderá ser formulada e, caso mantida a ausência na fase processual, terá aplicação o procedimento traçado no art. 147 do Projeto, desde que satisfeitas todas as condições nele previstas.

8. O prazo para a conclusão do inquérito policial é substancialmente aumentado: 90 dias para o investigado solto (art. 32, Seção V). Referindo-se o texto à figura do investigado (art. 32 e parágrafo primeiro), conclui-se que o prazo em questão corre a partir do início da investigação e não do indiciamento, encerrando-se com o relatório final. Caso haja necessidade de prorrogação, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público, impondo-se à autoridade propor a renovação do prazo que necessita, indicando, do mesmo passo, as razões do seu procedimento. O pedido de prorrogação, no inquérito, não poderá, segundo penso, embora a lei não o diga de forma expressa, exceder de 90 dias. Da mesma forma, o pedido de prorrogação deverá ser fundamentado. O art. 32, § 1º alude à apresentação de razões justificando a postulação.

Tudo muda em se tratando de investigado preso (que pode, até, figurar, desde logo, como indiciado – art. 31 § 1º), quando o prazo de conclusão do inquérito será de 10 (dez) dias. Caso a investigação não se encerre no prazo legal, a prisão será revogada, salvo se o juiz das garantias, de acordo com o art. 15, VIII, prorrogar a duração do inquérito, atendendo às razões invocadas na representação da autoridade policial, ouvido, previamente, o Ministério Público. A prorrogação não poderá exceder de 10 (dez) dias. Caso, no período em questão, a investigação não venha a ser concluída, a prisão, obrigatoriamente, será revogada (art. 15, parágrafo único). Quando se tratar de prisão preventiva há regras específicas regulando a matéria (art. 546, I). Diga-se o mesmo em relação à prisão temporária (art. 551 a art. 554)

Muito embora a lei não o mencione expressamente, entendo que a representação da autoridade policial deve ser enviada ao juiz das garantias com antecedência, desde que a autoridade vislumbre a necessidade da

prorrogação do prazo, cuidando para que não venha a se escoar o prazo fixado em lei. Desnecessário dizer que os autos do inquérito respectivo deverão ser remetidos ao juiz das garantias junto com a representação enviada pela autoridade.

9. Chega-se, agora, à conclusão do inquérito (arts. 33 e 34, da Seção VI) que se perfaz em dois atos: o relatório e a conseqüente remessa dos autos ao Ministério Público.

Para tanto, impõe-se que a autoridade policial conclua que os elementos informativos da investigação são suficientes “para a formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação”, bem assim que, se for o caso, possam servir de base para a aplicação de medidas cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais. Caberá ao juiz das garantias decidir sobre as cautelares acaso pretendidas (art. 15, V). Caso o procedimento investigatório esteja em tais condições, incumbe à autoridade policial ofertar relatório fundamentado do que apurou e que, nem sempre, poderá ser sumário como quer a lei. É o caso concreto que vai ditar sua extensão.

10. Ao receber os autos abrem-se ao *Parquet* quatro opções possíveis:

a) Oferecer denúncia, caso a investigação enseje “viabilidade para a acusação”, para usar os dizeres da lei, postulando, se for o caso, a medida cautelar cabível.

b) Requisitar diligências complementares consideradas indispensáveis ao oferecimento da denúncia. A fala do Ministério Público deverá, como é natural, ser fundamentada, qual se dá com qualquer manifestação do *Parquet* (Constituição Federal, art. 129, VIII). Mais ainda: a diligência deverá ser indispensável para o oferecimento da denúncia, pois, muitas vezes, ela poderá ser produzida no decorrer da ação penal sem risco para o seu perdimento. Em tal caso, cabe ao Ministério Público ofertar denúncia e requerer a diligência que possa ser obtida no decorrer do processo.

c) Assim como ocorre com os juízes, que declinam da sua competência no decorrer do processo, pode acontecer que o inquérito venha a ser distribuído a membro do Ministério Público despido de atribuição para officiar no feito. Em ocorrendo a hipótese, incumbirá ao órgão do Ministério Público destituído de atribuição indicar as razões de seu pronunciamento. Na fase do inquérito policial o Ministério Público é o senhor da sua atribuição. Entendo que, *in casu*, o juiz das garantias deverá ser informado a respeito da medida tomada para mera ciência. É que, assim como ele foi informado da abertura do inquérito policial (art. 15, IV), igualmente, deverá tomar conhecimento sobre o novo rumo que o procedimento tomou.

d) Por fim, no elenco de providências possíveis, o Ministério Público, determinará o arquivamento da investigação (art. 35, IV). Já tivemos ocasião

de analisar o arquivamento em trabalho específico⁶, dada a grande relevância com que o tema é tratado no Projeto, em completo divórcio com o art. 28 do Código em vigor. Ele vem regulado na Seção VII, art. 37 a art. 40.

Como assevera a “Exposição de Motivos”, Parte III, “retirou-se, e nem poderia ser diferente, o controle judicial do arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação”, prosseguindo em outro tópico: “o controle do arquivamento passa a se realizar no âmbito exclusivo do Ministério Público, atribuindo-se à vítima legitimidade para o questionamento acerca da correção do arquivamento”. A medida decorre, como já ressaltado, da adoção do sistema acusatório.

18-1-2012

6. Cf. item 2 destas notas de rodapé.