

**COMISSÃO DE ESTUDOS DA CONAMP SOBRE O PROJETO DE LEI  
8045/10 (NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).**

Os princípios fundamentais, previstos nos artigos 1º ao 7º do Projeto de Lei n. 8.045/2010, definem essencialmente a base de todo o texto legal, devendo guardar coerência, portanto, com a Constituição Federativa do Brasil e com as demais normas ordinárias de direito interno.<sup>1</sup>

Dessa forma, as disposições contidas na primeira parte do projeto são essenciais para a interpretação adequada do sistema processual, sendo necessário rigor técnico e teórico na sua redação.

Contudo, conforme se verifica no artigo 1º do PL. 8.045/2010, o legislador assim o redigiu:

*Art. 1º O processo penal rege-se-á, em todo o território nacional, por este Código, bem como **pelos princípios fundamentais constitucionais** e pelas normas previstas em tratados e convenções internacionais das quais seja parte a República Federativa do Brasil (grifamos).*

A expressa disposição a respeito dos *princípios fundamentais constitucionais* pode levar a uma interpretação totalmente equivocada e diversa daquela expressa pelo legislador quando da justificativa do projeto em análise.

Isso porque, os princípios fundamentais constitucionais são aqueles dispostos nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal, excluindo-se, assim, a figura do artigo 5º da Carta Magna, que regula, dentre outros direitos e garantias individuais, o próprio princípio da segurança pública.

Logo, tal interpretação suprime a sede material da segurança pública que é o embasamento fulcral dos tipos penais previstos na legislação pátria, uma vez que todo bem jurídico protegido é vinculado a um direito ou garantia individual e/ou coletiva, não abrangidos, sob esse viés, pelos “princípios fundamentais constitucionais”.

Assim, limitar a regência do Código de Processo Penal apenas aos

---

<sup>1</sup> As críticas aos arts. 1º a 7º foram trazidas integralmente do estudo feito e encaminhado para a Conamp pelo Ministério Público do RS intitulado “Críticas ao PL. 8.045/2010 Novo Código de Processo Penal”.

“princípios fundamentais constitucionais” revela-se inadequado, incompatível e não condizente com um Estado cuja Constituição Federal põem em evidência os direitos e garantias individuais e sociais.

Em sua redação original, o artigo 2º do Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, estabelece que as garantias a que faz referência deverão ser observadas “em todas as formas de intervenção penal”. Com isso, dúvida pode haver quanto à observância daquelas garantias processuais também na fase de investigação, sobretudo, em relação à incidência do princípio do contraditório na fase apuratória de natureza administrativa.

Já se encontra mais que assentada na jurisprudência dos Tribunais Superiores que o princípio do contraditório somente incide no processo penal, excluindo, assim, toda a atividade investigatória de cunho preparatório ao ajuizamento da futura ação penal.

Em sua redação original, o artigo 3º do Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, faz referência à aplicabilidade dos princípios da ampla defesa e contraditório. Entretanto, sua redação está ligada a uma realidade de 2009, ano em que o projeto de Código de Processo Penal foi apresentado no Senado Federal. Noutras palavras, a redação do artigo 3º não se ajusta à forma como o princípio do contraditório foi posteriormente disciplinado pelo novo Código de Processo Civil (2015) e pelo atual Código de Processo Penal, em razão da reforma operada em 2011.

Em sendo assim, o § 1º nada mais faz que reproduzir o texto constante no novo Código de Processo Civil, ao exigir que o princípio do contraditório seja observado, inclusive, quando tenha o juiz que decidir de ofício, seja qual o for o grau de jurisdição.

Por sua vez, o § 2º trata de prever expressamente as duas exceções à incidência imediata do princípio do contraditório, exceções estas que já se fazem presentes no § 3º do artigo 282 do atual Código de Processo Penal, mas que têm sua incidência restrita às hipóteses de medidas cautelares pessoais, deixando de lado, portanto, todas as demais decisões possíveis de ocorrerem em âmbito processual penal.

A redação original do artigo 4º do Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, prevê que:

*O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada ao juiz a atuação de ofício na fase de investigação e a substituição*

*da atuação probatória do órgão de acusação.*

A previsão expressa do sistema processual a ser seguido pelo Brasil era uma necessidade apontada pela doutrina nacional, seguindo-se, assim, o exemplo de Portugal, que, em sua Constituição, fez essa referência (artigo 32,5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instructórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório). Entretanto, entendendo ser decorrência lógica do sistema acusatório, o projeto se posicionou pela necessidade de inércia do juiz na fase de investigação, e na impossibilidade de este mesmo juiz vir a atuar de ofício na fase probatória, caso sua atividade venha a beneficiar a acusação.

No que diz respeito à impossibilidade de atuação judicial de ofício na fase de investigação, maiores questionamentos não existem quanto a isso, sobretudo, após a reforma de 2011, que exigiu a inércia judicial em relação às cautelares pessoais naquela fase da persecução penal.

No que diz respeito à impossibilidade de atuação judicial de ofício na fase probatória, no entanto, o que fez o projeto foi impedir tal atuação que venha a beneficiar a acusação, mas permitindo que esta mesma atividade probatória judicial venha a ocorrer em benefício da defesa.

Ao regulamentar tal vedação à atividade probatória judicial, a versão original do PLS nº 156, de 2009, previa que:

*Artigo 162. As provas serão produzidas pelas partes.*

*Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, **observado o disposto no art. 4º.** (destaque nosso)*

Em síntese, a regulamentação dada pelo legislador foi no sentido de, no Capítulo I (Disposições Gerais) do Título VIII (Das Provas), seguir proibindo a atividade probatória judicial de ofício que viesse a favorecer a acusação, mas autorizar a mesma atividade probatória que viesse a somente favorecer a defesa. Entretanto, tal vedação foi alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina, que apontou, como consequência daquele dispositivo, a criação de um juiz-defensor, encarregado de proteger os interesses do acusado, sempre que a atividade de seu defensor (constituído, dativo ou público) se mostrasse deficiente.

De igual modo, a doutrina também demonstrou que o modelo de juiz proposto pelo PLS nº 156, de 2009, não era compatível com o sistema acusatório

pretendido, mas sim, com o sistema inquisitivo, pois só neste é que se verificou a existência de um juiz que somente poderia exercer atividade probatória de ofício, caso ela viesse a beneficiar os interesses exclusivos da defesa.

Por essa soma de fatores, o PLS nº 156, de 2009, sofreu, ainda no Senado Federal, uma forte modificação quanto ao perfil do juiz na fase probatória. Ainda em 2010, o Senado Federal, seguindo o modelo de juiz existente em todos os países do direito continental que nos influenciam mais diretamente (p.ex., Alemanha, Portugal, Itália e Espanha), autorizou que o magistrado tivesse possibilidade de agir de ofício na fase probatória, independentemente de que viesse a ser beneficiado por ela. À época, partiu-se do pressuposto de que a atividade probatória judicial se destina a suprir uma dúvida do juiz, em lugar de ser endereçada a beneficiar uma parte em específico, como pretendia a versão original do PLS nº 156, de 2009.

Em vista disso, o – então – artigo 162 passou a conter a seguinte redação, mas apresentando nova numeração:

*Artigo 165. As provas serão produzidas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.*

Havendo essa correção na postura do juiz na fase probatória, o legislador não tomou o cuidado de alterar também o conteúdo da parte final do artigo 4º do presente projeto. Em razão dessa omissão, há uma clara contradição entre a parte final deste artigo e o conteúdo do artigo 165 do Projeto de Lei nº 8.045, de 2010.

O art. 5º do PL. 8.045/2010 traz a expressa previsão do princípio da **proibição do excesso**, *in verbis*:

*Art. 5º A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela **proibição de excesso**, privilegiando a dignidade da pessoa humana e a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal.*

Doutrinariamente, a proibição de excesso é segundo subprincípio estruturante do princípio da proporcionalidade, e a sua referência isolada pode levar à interpretação de que somente essa dimensão da proporcionalidade deva ser observada na interpretação das normas processuais penais.

Entretanto, o subprincípio da proibição de excesso, que significa a caracterização como inconstitucional de toda e qualquer medida que sacrifique excessivamente direitos fundamentais (no caso da persecução penal) com a

finalidade de proteger a ordem pública, pode e deve, conforme doutrina e jurisprudência mais atuais, ser aplicado com a observância do **princípio da proibição de proteção insuficiente** (da ordem pública).

Vale dizer, os atos da persecução penal tanto não devem ser excessivos relativamente aos direitos fundamentais do investigado/acusado, mas, também, não devem ser insuficientes para a correta e constitucionalmente adequada proteção à ordem jurídica violada pela criminalidade.

Em vista disso, para o processo penal atender minimamente o que se espera da persecução penal, é imprescindível que a proibição do excesso não seja tratada isoladamente, mas, em conjunto com o princípio da proibição de proteção insuficiente.

Proposta:

Art. 8º A investigação criminal, **realizada através de inquérito policial, procedimento investigatório criminal do Ministério Público, ou da forma como a lei atribuir**, tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal.

Justificativa: Os Procedimentos Investigatórios Criminais são realidade na ordem jurídica nacional, admitidos pelo Supremo Tribunal Federal e com o beneplácito da sociedade brasileira que se manifestou nas ruas contra a PEC 37. Ademais, existem como forma principal de investigação criminal em praticamente todos os Países do mundo ocidental, como em toda a Europa, América do Norte, Ásia, Oceania e América Latina. Não é possível reformar o Código de Processo Penal sem atribuir, expressamente, funções investigativas ao Ministério Público.

**§ 1º O Ministério Público dirigirá a investigação criminal e a atuação policial, sempre que considerar conveniente, devendo averiguar não só as circunstâncias que sirvam para incriminar, como também para inocentar, e zelar pela colheita, sem demora, das provas cuja perda seja irreparável.**

**§ 2º Para a finalidade descrita no parágrafo precedente, poderá o Ministério Público realizar investigação em procedimento próprio e requisitar documentos e informações das autoridades públicas ou diligências para instruí-los, por si mesmo ou através das autoridades e funcionários da Polícia, que estarão obrigados a atender.**

Justificativa: O Ministério Público, destinatário das investigações criminais é o dominus litis e detém a *opinio delicti* nas ações penais públicas, por determinação constitucional. É razoável, portanto, que, a exemplo dos Países do mundo ocidental, que adotam a mesma sistemática, detenha condições de dirigir e organizar as provas da investigação criminal de forma a torna-la mais coerente e lógica para a propositura da ação penal. Se trata, além do mais, de sistemática já incorporada à prática forense, inclusive com a chancela do STF.

Proposta:

Art. 11. É garantido ao investigado e ao seu defensor acesso a todo material já produzido na investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento **e àquelas cujo acesso possa prejudicar a busca da verdade real, enquanto perdurar esta situação.**

Justificativa: Há diligências que, embora ainda não concluídas, sejam interdependentes com outras anteriormente adotadas e o seu desvelo pode prejudicar a apuração criminal como um todo.

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

(...)

§ 5º O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito **ou do procedimento investigatório criminal**, a critério da autoridade policial **ou do representante do Ministério Público, conforme o caso.**

Justificativa: Necessário guardar correspondência de diligências por parte da Defesa, tanto no inquérito policial como no procedimento investigatório criminal.

A previsão legal de uma investigação defensiva contraria a lógica da investigação criminal, cujo objetivo é subsidiar o titular da ação penal, para formar sua *opinio delicti*. Por isso, a investigação criminal é inquisitorial. Logo, permitir a investigação defensiva é estabelecer o contraditório antes mesmo do ajuizamento da ação.

Além disso, verifica-se que o texto legal é omissivo quanto ao procedimento da referida investigação defensiva, deixando inúmeras lacunas em

relação à forma de se proceder. Como e em que condições poderá o investigado realizar as “entrevistas”?

Nesse sentido, salienta-se que, na sociedade brasileira, onde em muitos casos impera a lei do silêncio e do medo, permitir, legalmente, que o investigado se aproxime de testemunhas e vítimas, ainda que a pretexto de identificar fontes de prova, pode contribuir para a impunidade. Isso porque, legitimizar tal aproximação é dar azo à coação de forma velada, uma vez que a frequência dos réus no círculo social da testemunha sem sombra de dúvidas causa constrangimento e temeridade.

Vale lembrar que igual direito (investigação particular) não assiste à vítima, seus representantes legais ou herdeiros, uma vez que só podem atuar como assistentes do Ministério Público após o processamento da ação penal (art. 268 do CPP e art. 77 do PL).

Por fim, cabe destacar que o próprio PL, no art. 26, já estabelece a possibilidade de tanto a vítima como o investigado requererem à autoridade investigante a realização de diligências, atendendo suficientemente a necessidade de se identificar fontes de prova, não havendo justificativa para submeter às testemunhas a uma investigação particular do réu, circunstância que, conforme já dito, pode vir a gerar constrangimento.<sup>2</sup>

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:

(...)

XI – decidir, **após ouvir o Ministério Público, sempre que não for o requerente**, sobre os pedidos de:

Justificativa: O Ministério Público é, por determinação da CF o titular da ação penal a ser analisada após a realização das medidas cautelares e incumbe-lhe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e

---

<sup>2</sup> As críticas ao art. 13 foram trazidas integralmente do estudo feito e encaminhado para a Conamp pelo Ministério Público do RS intitulado “Críticas ao PL. 8.045/2010 Novo Código de Processo Penal”

individuais indisponíveis”. Deve, portanto, analisar e se manifestar sobre medidas que significam interferência nos direitos e garantias individuais previstas na CF, materializadas nas medidas assecuratórias.

(...)

XIV -arquivar o inquérito policial **e o procedimento investigatório criminal;**

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.

(...)

§ 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. **As provas admitidas nos autos pelo juiz de garantias, entretanto, serão mantidas nos autos para posterior valoração do juiz do processo.**

§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias, **artigo 14 XI, serão autuadas em apensos individuais aos autos do processo. Esse material probatório poderá integrar os fundamentos da sentença, desde que submetidas a posterior contraditório.**

Justificativa: São matéria inerentes a medidas cautelares que deverão ser mantidas com acesso restrito às partes após ajuizada a ação penal, ao contrário dos autos principais do Processo, cujo princípio regente é o da publicidade. A autuação em apensos individuais – um para cada medida – facilita o manuseio e a análise, mesmo (especialmente) com o processo digital. O material produzido em sede de procedimentos cautelares, na maioria irrepetíveis, são aptos a formarem o contexto probatório em um sistema de livre convencimento do Juiz do processo.

Art. 18. A polícia judiciária será exercida pelos delegados de polícia no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim, **com o acompanhamento e fiscalização do Ministério Público**, a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Justificativa: Polícia Judiciária e Ministério Público sempre devem agir em mútuo auxílio para a apuração das infrações penais, somando os seus esforços.

Art. 20. O inquérito policial será iniciado:

I - de ofício;

II - mediante requisição do Ministério Público;

III - a requerimento, verbal ou escrito, da vítima ou de seu representante legal.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos I e III do caput deste artigo, a abertura do inquérito será comunicada imediatamente ao Ministério Público, **que em qualquer caso poderá acompanhá-lo em todos os seus termos.**

Justificativa: O Ministério Público é o destinatário do inquérito policial e autor exclusivo da ação penal, por mandamento constitucional. Coerente que possa, querendo, acompanhar todos os atos do inquérito policial de forma a torná-lo mais direcionado, célere e eficaz para a propositura da ação penal.

Art. 29. No inquérito, as diligências serão realizadas de forma objetiva e no menor prazo possível, sendo que as informações poderão ser colhidas em qualquer local, cabendo ao delegado de polícia resumi-las nos autos com fidedignidade, se obtidas de modo informal.

§ 1º O registro do interrogatório do investigado, das declarações da vítima e dos depoimentos das testemunhas poderá ser feito por escrito ou, **preferencialmente**, mediante gravação de áudio ou filmagem, com o fim de obter maior fidelidade das informações prestadas.

Justificativa: Já se trata de sistemática adotada em juízo (Atual art. 405 do CPP), que inclusive já foi incorporada à prática Forense. A medida deve ser estimulada e expandida para a fase investigatória, destinando-lhe maior fidedignidade de maior conteúdo de valor probatório em face da sua forma.

Art. 32. Não obstante o disposto no art. 31, caput e §§ 10 e 2º, o inquérito policial não excederá ao prazo de 720 (setecentos e vinte) dias.

§ 1º Esgotado o prazo previsto no caput deste artigo, os autos do inquérito policial serão encaminhados **ao Ministério Público para a análise do mérito, apresentando Denúncia ou requerendo o arquivamento ao juiz de garantias.**

Justificativa: Não é possível, por causa do esgotamento do prazo do inquérito policial, subtrair ao Ministério Público a análise do mérito da investigação. O Ministério Público, titular da ação penal, deve ter a oportunidade de analisar e

avaliar as evidências coletadas de forma a poder concluir a destinação da investigação.

Art. 40. Arquivados os autos do inquérito por falta de base para a denúncia, e surgindo posteriormente notícia de outros **relevantes** elementos informativos, o delegado de polícia deverá proceder a novas diligências, mediante requisição do Ministério Público.

Justificativa: O arquivamento do inquérito policial se dá mediante manifestação do Ministério Público. Sendo o titular da ação penal, incumbe a ele próprio, Ministério Público, avaliar eventuais novos elementos que possam viabilizar a reabertura da investigação. Por outro lado, será inútil, com perda de tempo e com prejuízo ao erário, se o delegado de polícia reabrir o inquérito sem concordância do Ministério Público a respeito do novo potencial probatório.

Art. 44. A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante ou do inquérito policial.

§ 1º É vedado mencionar a identificação criminal em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, **antes da decisão de segunda instância.**

Justificativa: O STF já decidiu da possibilidade de prisão do condenado na confirmação da segunda instância. Seria ilógico e incongruente que a pessoa possa estar eventualmente presa e este fato não poder constar na sua identificação criminal para efeitos civis. Além do mais, os julgamentos em recursos ao STJ e STF ocorrem em casos de exceção e o Código de Processo Penal deve se pautar pela regra geral das situações.