

AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PERSECUÇÃO PENAL E O PROJETO DE LEI Nº 5.282/2019

MIRANDA, Gizelle Revers ¹
REZENDE, Guilherme Carneiro de ²

RESUMO:

O projeto de lei n. 5.282/2019 tem como escopo a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal, a fim de estabelecer que cabe ao Ministério Público alargar o procedimento investigativo de forma a abarcar todos os fatos e provas relacionadas à determinação da responsabilidade criminal, investigando de igual modo as circunstâncias que interessam à acusação e à defesa, sob pena de ser decretada a nulidade absoluta do processo. E a previsão legal de hipótese de nulidade absoluta do processo penal com fundamento em circunstâncias do inquérito policial, que é procedimento administrativo de caráter preparatório e informativo, suscita discussões sobre a compatibilidade do dispositivo eventualmente resultante do projeto de lei com as funções institucionais do Ministério Público delineadas na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal, inquérito policial, nulidades absoluta.

THE CONSTITUTIONAL FUNCTIONS OF THE PUBLIC MINISTRY IN CRIMINAL PERSECUTION AND DRAFT LAW No. 5,282/2019

ABSTRACT:

Draft Law no. 5,282/2019 aims to amend article 156 of the Penal Procedure Code, in order to establish that it is up to the Public Ministry to extend the investigative procedure to cover all the facts and evidence related to the determination of criminal responsibility, investigating in the same way the circumstances that interests to the prosecution and the defense, under penalty of the nullity of the process being declared null and void. And the legal provision for the hypothesis of absolute nullity of the criminal proceeding based on circumstances of the police investigation, which is an administrative procedure of a preparatory and informative nature, raises discussions about the compatibility of the article resulting from the bill with the institutional functions of the Public Ministry outlined in the Federal Constitution.

KEYWORDS: Criminal proceedings, police investigation, absolute nullity.

1 INTRODUÇÃO

O projeto de lei nº 5.282/2019 é de iniciativa do senador Antônio Anastasia, foi por ele elaborado com base em conceitos expressos pelo jurista Lenio Luiz Streck, está em trâmite perante o Senado Federal e tem como ementa a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal (CPP), para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: gizellerm@gmail.com

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: guilhermerezende@fag.edu.br

fatos também a favor do indiciado ou acusado, mediante a inserção de dois parágrafos ao dispositivo legal.

O primeiro parágrafo dispõe caber ao Ministério Público alargar o procedimento investigativo a todos os elementos que possam interessar à acusação e à defesa na determinação da responsabilidade criminal. Já o segundo parágrafo prevê que o desrespeito à determinação anterior é causa de nulidade absoluta do processo.

Diante de seu escopo, o referido instrumento de modificação legislativa suscitou discussões sobre quais seriam os seus efeitos na dinâmica do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro.

A proposição fundou-se na pretensão de incorporar ao processo penal brasileiro o quanto estabelecido no artigo 54, a, do Estatuto de Roma, tratado internacional do qual a República Federativa do Brasil é signatária, no preceito similar insculpido no artigo 160 do Código de Processo Alemão e no precedente do direito norte-americano intitulado caso *Brady versus Maryland*.

O intuito do projeto de lei é estabelecer que o Ministério Público, por ter as mesmas garantias constitucionais conferidas à magistratura, deve operar sob as mesmas obrigações impostas àquela carreira pela Constituição Federal, em especial a isenção e a vedação ao denominado agir estratégico, algo próprio da defesa. Cuida-se, sobretudo, de exigir do Ministério Público a imparcialidade, a equidistância e a equanimidade em igual qualidade daquelas impostas à magistratura.

As críticas ao projeto de lei que será objeto desta pesquisa, por sua vez, fundam-se na premissa de que o Ministério Público, enquanto titular da ação penal pública, é parte do processo e, diferente do magistrado, pode assumir posição ao acusar, de maneira que a sua imparcialidade difere da exigida do Poder Judiciário, porquanto o ente ministerial reveste-se da característica de não se vincular à tese condenatória, podendo postular a absolvição do réu, a depender do caso concreto. O argumento é o de que as garantias constitucionais dadas ao Ministério Público não têm o condão de igualá-lo ao Poder Judiciário porque decorrem de justificativa diversa, qual seja, a necessidade de se garantir a independência e a autonomia do ente ministerial, a fim de que haja tratamento igualitário a réus de diferentes grupos sociais e econômicos.

Também, em contradição às razões do projeto de lei, há o argumento de que a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal traria à realidade a figura do promotor de defesa, o que não encontra abrigo no ordenamento jurídico vigente, vez que, se a instituição é a titular

da ação penal pública, não é dado ao Poder Legislativo impor-lhe qualquer obrigação na esfera investigativa.

Fato é que a alteração legislativa traria como efeito a decretação da nulidade de todo o processo penal, caso qualquer hipótese defensiva possível não tenha sido investigada pelo Ministério Público durante a investigação preliminar, expandindo, de maneira ampla e ilimitadamente, as hipóteses de nulidade absoluta na persecução penal brasileira.

Desse modo, o tema estudado é de notável relevância, uma vez que a pretendida alteração legislativa terá grandes impactos no direito processual penal brasileiro e repercutirá na esfera de inumeráveis processos penais, estejam eles em andamento ou já em fase de execução da pena, de maneira a impactar a efetividade à persecução penal, instrumento estatal de pacificação social tão desacreditado em solo brasileiro.

O presente trabalho visa perquirir se, diante das funções institucionais do Ministério Público em relação à persecução penal, previstas na Constituição Federal, é possível prever-se a nulidade absoluta de todo o processo penal sempre que fatos, provas ou circunstâncias que possam interessar à defesa não tiverem sido objeto da investigação preliminar conduzida pelo ente ministerial, conforme pretendido através da alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal pelo projeto de lei nº 5.282/2019.

O objetivo principal, portanto, está em esclarecer, mediante análise da nova redação proposta para o artigo 156 do Código de Processo Penal e dos dispositivos constitucionais e legais relacionados, após revisão e compilação de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, se a alteração do artigo 156 do Código de Processo Penal proposta no projeto de lei nº 5.282/2019 encontra guarida no sistema jurídico de processo penal brasileiro. Ainda, em especial a possibilidade de declaração de nulidade absoluta de todo o processo penal sempre que fatos, provas ou circunstâncias que possam interessar à defesa não tiverem sido objetos da investigação preliminar conduzida pelo Ministério Público, coaduna-se com as funções institucionais do Ministério Público delineadas na Constituição Federal.

Desse modo, objetiva-se especificamente localizar e analisar os dispositivos constitucionais e legais relacionados com o tema proposto, assim como os princípios informadores conexos, a fim de se obter uma visão ampla do sistema jurídico processual penal brasileiro; analisar a nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal proposta pelo projeto de lei nº 5.282/2019 à luz das regras e princípios que informam o ordenamento jurídico pátrio; compreender as razões e os efeitos sociais da alteração legal pretendida; e

identificar as (in)compatibilidades do mencionado projeto de lei com o sistema jurídico, mormente em face da Constituição Federal e do Código de Processo Penal.

Como o tema escolhido para este projeto exige análise das mais variadas fontes legais, doutrinárias e jurisprudenciais, o meio metodológico mais adequado é o emprego de pesquisa bibliográfica, incluídos os meios eletrônicos de informações, a exemplo de artigos jurídicos e revistas científicas *online*.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

Apesar de a Constituição Federal assegurar que compete às polícias judiciárias a investigação das infrações penais, é admissível que outras autoridades administrativas acabem por apurar fatos que também constituem crimes, desde que o façam quando em cumprimento das suas atribuições legais e norteadas pelas suas finalidades específicas. Exemplo dessa possibilidade é que, quando a Receita Federal do Brasil depara-se com ilícito tributário que constitui também ilícito penal, o processo administrativo pode servir de subsídio à propositura de ação penal. Há também o poder de investigação criminal conferido às Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's) e a atribuição ao Ministério Público, na seara criminal, da titularidade de investigações preliminares em regular procedimento administrativo, respeitadas as reservas constitucionais de jurisdição e os direitos e garantias fundamentais. (BRASIL, 1988; PACELLI, 2020).

A lei nº 12.830/2013 indica, em seu artigo 2º, § 1º, que a autoridade policial a quem compete a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei é o delegado de polícia (BRASIL, 2013).

Avena (2019) esclarece que a previsão legal acima não implica na proibição de que outros órgãos, a exemplo do Ministério Público, realizem investigações criminais. A interpretação a ser conferida ao dispositivo legal é a de que o inquérito policial deve ser sempre presidido pelo delegado, o que não implica na exclusividade absoluta da polícia na atividade investigatória.

De acordo com Lima (2020a; 2020b), o inquérito policial é um procedimento de natureza administrativa, de caráter preparatório e inquisitório, presidido pelo delegado de polícia e composto pelas diligências policiais empreendidas para identificação de fontes de

provas e colheita de informações sobre a materialidade e a autoria de uma infração penal. O inquérito é instrumental, vez que se presta a subsidiar o arquivamento ou o prosseguimento da persecução penal e reverte-se de dupla função, a preservadora, ao evitar a instauração de processo penal sem fundamento, e a preparatória, ao arrecadar elementos de informação e acautelar meios de prova.

Destarte, é esse o principal instrumento estatal que se presta a fundamentar o oferecimento ou não de peça acusatória, a depender da existência ou não de justa causa, bem como serve de base a eventual decretação de medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias no curso da investigação policial (LIMA, 2020b).

O inquérito policial é dispensável ao ajuizamento da ação penal se o Ministério Público ou o ofendido já dispuser dos elementos necessários ao oferecimento da peça acusatória. Significa dizer que o procedimento policial, de conteúdo meramente informativo, pode ser dispensado pelo Ministério Público sem que isso represente uma irregularidade. Além disso, por não ter a lei estabelecido um procedimento específico para o seu desenrolar, não está sujeito à declaração de nulidade, o que, entretanto, não se confunde com eventual declaração, em sede judicial, da nulidade da prova produzida em seu âmbito. Cuida-se da independência formal do inquérito policial, segundo a qual eventual vício no procedimento administrativo não contamina a ação penal resultante (AVENA, 2019).

Dada a relevância da investigação criminal, Pacelli (2020) afirma que eventuais elementos probatórios podem ser fornecidos mesmo por particulares, desde que resultantes de atividades lícitas, e leciona que a possibilidade de investigação defensiva sempre esteve à disposição, não só dos réus, mas também das vítimas. Para o autor, a lei nº 13.432/2017, ao conferir a detetives particulares a prerrogativa de colaboração com investigação policial em curso, desde que com expressa autorização de seu contratante e aceitação do delegado de polícia, não trouxe novidade nenhuma ao sistema jurídico, não sendo mais do que a concessão de referendo à profissão.

Nessa seara, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou o provimento nº 188/2018, que define a investigação defensiva e “Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais” (BRASIL, 2018).

A investigação defensiva, ainda, não pode ser confundida com a participação do defensor no trâmite do inquérito policial. Embora sejam duas ferramentas por meio das quais se materializa o direito de defesa, por meio desta o defensor delimita os rumos dados pela autoridade policial ao inquérito policial, enquanto naquela incumbe ao advogado delimitar a

estratégia investigatória, de maneira independente, não se vinculando às autoridades, mas respeitando os critérios constitucionais e legais pertinentes à obtenção de provas (LIMA; 2020b).

Diante do acima exposto, tem-se descrito o panorama atual da investigação criminal no cenário processual penal brasileiro.

2.2 O PROJETO DE LEI Nº 5.282/2019

O projeto de lei nº 5.282/2019 foi proposto pelo senador Antônio Anastasia e tem como escopo alterar a redação do artigo 156 do Código de Processo Penal, com a finalidade de impor ao Ministério Público a investigação de todos os fatos pertinentes para a apuração da responsabilidade criminal e o estabelecimento da verdade dos fatos, não importando se os fatos interessam à acusação ou à defesa (BRASIL, 2019).

O mencionado instrumento legislativo, entretanto, foi elaborado pelo jurista Lenio Luiz Streck e publicado na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, justamente com o intuito de que parlamentar apto a propô-lo o fizesse. Ainda, de acordo com os conceitos expostos pelo jurista, a proposição objetiva estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público investigar e buscar não somente provas que favoreçam a acusação, mas também o indiciado ou acusado (STRECK, 2019).

Para cumprir o mencionado objetivo, o projeto de lei adicionaria ao dispositivo legal dois parágrafos, com a seguinte redação:

§ 1º Cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com este Código e a Constituição Federal, e, para esse efeito, investigar, de igual modo, na busca da verdade processual, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa.

§ 2º O descumprimento do § 1º implica a nulidade absoluta do processo (BRASIL, 2019, n. p., grifo nosso).

Nota-se que, também conforme Streck (2019), a pretensão de mudança legislativa justifica-se diante do artigo 54, a, do Estatuto de Roma, tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, dispositivo legal que contém preceito similar ao do artigo 160 do Código de Processo Alemão, bem como do precedente norte americano denominado ‘caso *Brady versus Maryland*’, no qual estabelecida a obrigatoriedade de que a acusação entregue eventuais evidências que possam servir à exoneração do acusado à defesa.

Na concepção do estudioso, o Ministério Público, por possuir as mesmas garantias da magistratura desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, deve pautar-se segundo os mesmos deveres impostos à magistratura, especialmente no que tange à imparcialidade, sendo-lhe vedado o que a doutrina denomina “agir estratégico”, comportamento permitido somente à defesa no desenrolar da persecução penal. Para além de discutir-se o sistema, se acusatório ou inquisitivo, ou de enxergar o *Parquet* como parte ou não no processo penal, a controvérsia versa, sobretudo, a respeito da gestão da prova (STRECK, 2019).

São estes, portanto, o escopo e os fundamentos do projeto de lei que será objeto de análise.

2.3 STATUS CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal preceitua que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988, n. p.).

Apesar de existir divergência doutrinária sobre o momento histórico em que surgiu o Ministério Público, no Brasil, é certo que apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a instituição foi desvinculada dos Poderes, desatrelada da representação judicial da União e dotada de autonomia funcional, administrativa e financeira, estando as suas funções institucionais contempladas em rol exemplificativo no artigo 129 da Carta Magna (LENZA, 2017).

As funções institucionais do Ministério Público, previstas constitucionalmente em rol exemplificativo, com destaque para as que se referem à seara criminal, são as seguintes:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (BRASIL, 1988, n. p., grifo nosso).

Nas lições de Alencar e Távora (2019) e de Pacelli (2020), o Ministério Público não é órgão de acusação, mas legitimado a acusar, de modo que é dotado de atuação peculiar na seara do direito processual penal, porque, apesar de titular da ação penal pública, cabendo-lhe o papel de parte no processo, não está impedido de agir como fiscal da lei (*custos legis*), do que decorre a conclusão de não estar obrigado a oferecer denúncia ou a postular a condenação do acusado.

Nesse contexto, tem-se que a imparcialidade que deve nortear o Ministério Público é a que está atada ao interesse público pela busca da verdade e pela realização da Justiça. Assim, o ente ministerial deve agir de forma imparcial no sentido subjetivo (isento de interesse pessoal do membro no desfecho da causa), mas sendo o *Parquet* um dos vértices do triângulo da relação jurídica processual, é órgão parcial no sentido objetivo. Tão somente na condição de *custus legis* é que está atrelado à imparcialidade objetiva e subjetiva (ALENCAR e TÁVORA, 2019).

Nessa senda, importante referência é que se extrai do Decálogo do Promotor de Justiça interpretado, segundo o qual o Ministério Público age em nome da lei, da justiça e da sociedade, não havendo antes de seu advento quem falasse em nome da sociedade. Assim, o Ministério Público se vê “investido de atribuições para falar aos poderes da terra em nome da sociedade” (COGAN, 2016, p. 25).

E prosseguindo no decálogo, a lição é a de que a justiça busca a verdade no processo, esta a tarefa do Promotor de Justiça, que deve reconhecer a verdade, ainda que em detrimento da tese de acusação, quando esta se manifesta por meio das provas colhidas na instrução processual (COGAN, 2016).

Ressalta-se, ainda na mesma obra, que cabe ao Promotor de Justiça, embora deva procurar a condenação do infrator, aceitar sem subterfúgios quando os elementos de convicção colhidos no processo não servem à condenação. É lhe, pois, vedado utilizar ardis, sofismas ou artimanhas a fim de impedir que a sua pretensão seja contrariada pelo pronunciamento da justiça. É que “O objetivo primordial do Ministério Público não é a condenação do réu, mas a realização da Justiça” (COGAN, 2016, p. 26).

A lei nº 8.625/1993, que é a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, traz expressos em seu artigo 43 quatorze deveres dos membros do Ministério Público, além de

outros previstos no ordenamento jurídico. Entre referidos deveres, estão o de manter ilibada conduta pública e particular e o de declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei (BRASIL, 1993).

O Ministério Público, portanto, está imbuído da tarefa de buscar elementos de prova que retratem a verdade processual da forma mais fidedigna à verdade dos fatos, não se restringindo o seu papel a acusar e a condenar réus a despeito da realidade retratada pelas provas do processo, às quais deve observância e está atrelado.

Necessário, por isso, adentrar na análise do sistema processual penal brasileiro no que tange à gestão da prova.

2.4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL E GESTÃO DA PROVA NO BRASIL

De início, é preciso enunciar que a prova penal consiste no conjunto de elementos produzidos visando a formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo sobre atos, fatos e circunstâncias. São objetos das provas os fatos que são capazes de causar dúvidas ao magistrado sobre a existência ou inexistência de responsabilidade criminal, excluídos os fatos axiomáticos, notórios ou inúteis e as presunções legais (AVENA, 2019).

A produção da prova é essencial à análise do sistema processual adotado. É que se há um instituto jurídico controvertido no processo penal brasileiro e sobre o qual sempre pairaram incontáveis divergências teóricas e conceituais, é o sistema processual encampado pelo ordenamento jurídico brasileiro, se acusatório, inquisitório ou misto. Distinguem-se tais sistemas segundo a distribuição das funções essenciais na persecução penal, sendo o traço essencial do sistema acusatório a atribuição da função de acusar, não ao juiz, mas a um órgão, privado ou público, de maneira a afastar o magistrado da fase de investigação preliminar. Ademais, é importante asseverar que não há na Constituição da República definição alguma de modelo processual penal (FISCHER e PACELLI, 2017).

De acordo com Fischer e Pacelli (2017), a função jurisdicional está demarcada constitucionalmente devido à titularidade da ação penal ter sido conferida ao Ministério Público, de sorte que nem mesmo o fato de ao juiz terem sido anteriormente conferidos poderes instrutórios desqualifica a natureza acusatória de um sistema, desde que existam limites legais bem definidos para tais poderes.

Entretanto, dada a recente vigência da Lei nº 13.964/19, também chamada ‘pacote anticrime’, que alterou diversos diplomas normativos, entre eles o Código de Processo Penal,

formalizando a estrutura acusatória do processo penal e vedando na fase de investigação a iniciativa do juiz, assim como a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, o que é certo é que o juiz não pode mais ser o gestor da prova no âmbito do direito processual penal, cabendo somente às partes tal encargo (LIMA, 2020b).

Importante rememorar que o abandono dos conceitos dos sistemas processuais penais tende a fortalecer práticas autoritárias ressignificadas, gerando conformismo com as práticas punitivas que vem sofrendo, em verdade, um processo de reconstituição. E a tentativa mais importante resultou da conciliação da democracia ao modelo adversarial, como meio de enfrentar as questões penais mais complexas a despeito da tradição dos sistemas processuais (GLOEKNER, 2015).

Gloekner (2015) indica diversos resquícios da ideologia autoritária no processo penal brasileiro, entre os quais: as prisões cautelares, os limites ao exercício da ação penal e o excesso de acusação, a concepção instrumental do processo em relação à pena, a gestão da prova e as suas implicações políticas, o caráter administrativo da execução penal, entre outros.

Lopes Júnior (2020), ao discorrer sobre a principiologia da prova, leciona que a garantia da jurisdição é a principal garantia que temos, nela incluído o direito de ser julgado com base na prova produzida dentro do processo, momento em que diferencia os atos de investigação dos atos de prova. Segundo o autor, os atos de prova estão a serviço e integram o processo, dirigem-se a convencer o juiz de uma afirmação, prestam-se à formação da sua convicção para o julgamento final, servindo, por isso, à sentença, são praticados diante do magistrado e exigem a observância estrita da publicidade, contradição e imediação. Ao contrário, os atos de investigação são preliminares e estão a serviço da fase pré-processual, referem-se a hipóteses e não a afirmações, servem a um juízo de probabilidade e não a uma convicção, prestam-se à formação da *opinio delicti* do acusador, não se destinam à sentença, mas à demonstração do *fumus commissi delicti* a fim de subsidiar o processo ou o seu arquivamento, podendo servir de fundamento às medidas cautelares pessoais, reais ou a outras restrições de caráter provisional, podendo ser praticados pelo ente ministerial ou pelas polícias judiciárias.

Na lição de Lopes Júnior (2020), em decorrência da distinção acima explanada, o inquérito policial gera tão somente os chamados atos de investigação, cujo valor probatório é limitado. Segundo ele, os atos de prova, que são aptos a fundamentar a sentença, são os que forem praticados dentro do processo, mediante a garantia da jurisdição e respeitadas todas as regras do devido processo legal.

No que tange ao acesso às provas carreadas, em consonância com o artigo 5º, incisos XXXIII e LX, e o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o processo penal é regido pela publicidade, enquanto, consoante o artigo 20 do Código de Processo Penal, o inquérito tem como atributo o sigilo que seja necessário para a elucidação do fato ou que seja exigido pelo interesse da sociedade (BRASIL, 1988; BRASIL, 1941).

Nessa toada, quanto à fase investigativa preliminar, importante destacar que o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 7º, inciso XIV, garante ao advogado o direito de:

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016)

Ademais, ainda no que concerne à ciência da defesa sobre provas colhidas, está assegurado o acesso pela defesa aos elementos de prova carreados ao procedimento investigatório, a fim de garantir-se o direito de defesa do réu, também pelo estabelecido na Súmula Vinculante 14, editada pelo Supremo Tribunal Federal, cujo teor é o seguinte:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo 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 (BRASIL, 2009, n. p., grifo nosso).

Assim, estabelecidas estas premissas sobre a gestão da prova no ordenamento jurídico brasileiro, insta analisar as hipóteses de nulidades, tema sobre o qual recai o segundo parágrafo do projeto de lei objeto de estudo.

2.5 SISTEMA DE NULIDADES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A nulidade pode ser compreendida como espécie de sanção aplicada ao ato processual defeituoso, que por isso resta inapto à produção de seus efeitos regulares. É exatamente a possibilidade de declaração da nulidade dos atos praticados à revelia do direito adjetivo que compele as partes à observância dos modelos legais e eleva o sistema de nulidades a instrumento que garante o caráter cogente da norma (LIMA, 2020b).

Segundo Badaró (2018), a tipicidade das formas é uma garantia dirigida às partes e presta-se à correta prestação jurisdicional, conferindo segurança jurídica aos envolvidos. Com isso, a atipicidade do ato processual manifesta-se em diversos graus (menores ou maiores), de

acordo com os quais variam as consequências da inobservância das formas. São assim caracterizadas e diferenciadas as nulidades absolutas, que decorrem da violação de formas estabelecidas para atender ao interesse público, das nulidades relativas, que consistem em desrespeito a formas instituídas para ponderar o interesse das partes. Na persecução penal, há de ser reconhecida nulidade absoluta quando ocorra violação a regra constitucional sobre o processo ou quando, também protetora de interesse processual de ordem pública, mas prevista na lei processual penal em seu artigo 564 e insanável, enquanto é de ser classificada como relativa a nulidade concernente a interesse privado de uma ou de ambas as partes, pois são passíveis de saneamento se não comprovado prejuízo.

Ainda com o fito de distinguirem-se as nulidades absolutas das relativas, diz-se que as primeiras têm como características fundamentais a presunção de prejuízo e a possibilidade de poderem ser arguidas a qualquer momento, enquanto as demais estão vinculadas à comprovação do prejuízo no caso concreto (princípio *pas des nullités sans grief*, insculpido no artigo 563 do CPP) e dependem de alegação em momento oportuno, sob pena de preclusão e consequente convalidação do ato atacado (LIMA, 2020b).

No que tange ao inquérito policial, por se tratar de uma peça informativa dispensável, eventuais vícios nele contidos não têm o condão de contaminar o processo penal subsequente. Por isso, é inviável a anulação do inquérito porquanto as nulidades processuais só são aquelas que afetam os atos praticados durante o processo penal condenatório (LIMA, 2020b).

Avena (2020) também defende que a impossibilidade de se declarar a nulidade de um inquérito policial como um todo, sem que isto signifique dizer que a prova produzida possa ser considerada nula. Ressalta, entretanto, que, mesmo que não possa ser anulado, um inquérito policial durante o qual as diligências investigatórias foram desenvolvidas em desobediência às formalidades legais, como fonte de convencimento do juiz, perde muito de seu valor.

Outrossim, no que concerne à declaração de nulidade, importante ressaltar que, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, é necessária a prova do prejuízo mesmo nos casos de nulidade absoluta. É o que se extrai, por exemplo, do enunciado nº 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, assim redigida: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo" (BRASIL, 2003).

Sobre o assunto, retira-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o seguinte excerto sobre a incidência do princípio *pas des nullités sans grief*:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de recurso ou de revisão criminal, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Alegação de nulidade do processo que não foi objeto de cognição pela Corte de origem, situação que obsta o exame da matéria diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.
3. Ademais, **"a jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal."** (AgRg no AREsp 699.468/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 24/5/2017).
4. Agravo regimental desprovido.
(BRASIL, 2021, n. p., grifo nosso)

Insta observar que o ataque à prova coligida no processo penal se dá por meio de instrumento próprio legalmente previsto. Cuida-se da incidência do princípio do duplo grau de jurisdição, fonte constitucional dos recursos, que encontra sua base no reconhecimento da falibilidade humana e no inconformismo das pessoas. Sob esse viés, a norma principiológica deve ser entendida como a possibilidade de a matéria de fato e de direito da decisão proferida pela autoridade ou órgão judicial de piso poder ser integralmente reexaminada a órgão jurisdicional diverso e de hierarquia superior na ordem judiciária (LIMA, 2020b).

Lopes Junior (2020) cita ainda como fundamento da existência dos recursos um terceiro argumento, o da ampliação da visibilidade do processo. Para ele, uma multiplicidade de olhares ao julgar amplia a legitimidade e reforça a confiabilidade das decisões judiciais.

Badaró (2018) conceitua recurso como “o meio voluntário de impugnação das decisões judiciais, utilizado antes do trânsito em julgado e no próprio processo em que foi proferida a decisão, visando à reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial”.

Assim, o reconhecimento de nulidade perpassa instituto legal específico e, pelo exposto, depende da demonstração da ocorrência do prejuízo no caso concreto, do que se depreende a gravidade que deve permear referido pronunciamento judicial.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alteração pretendida por meio do projeto de lei nº 5.282/2019 no artigo 156 do Código de Processo Penal traria para o ordenamento jurídico brasileiro o alargamento da

investigação preliminar e a previsão de uma cláusula aberta de nulidade absoluta do processo penal, com fundamento na não investigação de qualquer hipótese defensiva ou prova de interesse da defesa, ainda que não suscitada ou indicada pela defesa durante a investigação preliminar ou a instrução penal.

Considerados os inúmeros recursos operáveis na seara do processo penal brasileiro por meio dos quais poderia a defesa manejar tais alegações de nulidade, estar-se-ia criando hipótese de nulidade absoluta a subsidiar inumeráveis recursos, em detrimento mesmo do julgamento do mérito da causa. Assim, fazendo com que o processo penal brasileiro seja ainda mais moroso, ferindo o direito constitucional à celeridade do processo e tornando ineficaz o mecanismo da justiça criminal enquanto ferramenta de pacificação social.

É que o processo penal não se restringe a instrumento de defesa do réu, mas acima disso constitui mecanismo de realização do direito material por meio do qual vítimas e sociedade recebem resposta estatal que visa a proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados e a garantia à paz pública.

Reitere-se que o ente ministerial, embora legitimado a acusar, não está adstrito a requerer a condenação do réu. Ao revés, cabe ao membro do Ministério Público, de acordo com seus deveres legais e as funções constitucionais do órgão que integra, buscar a concretização da justiça, que consiste não só na condenação de culpados, mas também na absolvição de inocentes.

Importante rememorar que o Ministério Público, por sua condição de *custos legis* ou fiscal da lei, e como guardião do ordenamento jurídico, não está autorizado a ocultar provas que possam redundar na absolvição de qualquer investigado ou processado, também não lhe cabendo a tarefa de blefar sobre quaisquer elementos de provas ou elementos colhidos durante a investigação ou a instrução processual. No direito brasileiro, não é dado ao ente ministerial buscar acordos ou confissões valendo-se de inverdades ou alegações de evidências inexistentes.

Nessa senda, a inserção no artigo 156 do Código de Processo Penal do primeiro dos parágrafos pretendidos pelo referido projeto de lei não traz novidades ao ordenamento jurídico, porquanto no Brasil o *Parquet* não está autorizado a sonegar informações ou provas da defesa, sendo garantido a esta o irrestrito acesso às provas carreadas no processo penal, assim como aos elementos de prova eventualmente já documentados no respectivo procedimento investigatório. Não há dúvidas de que o Ministério Público está imbuído da tarefa de apurar hipóteses cuja confirmação pode culminar com o afastamento da responsabilidade criminal do investigado, mormente porque lhe cabe indicar por ocasião da

denúncia, além de provas da existência do crime, indícios suficientes de autoria, sem os quais sequer há justa causa para a persecução penal.

A questão suscitada pelo referido parágrafo gira em torno da ampliação ilimitada da investigação preliminar, vez que a exigência de que o ente promova o alargamento do inquérito ou procedimento investigativo a “todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal” torna a atividade investigativa inesgotável, ante a inimaginável quantidade de hipóteses que podem ser formuladas a partir de cada elemento de prova adquirido.

Desse nodo, é preciso que se atente, ainda, que referidas hipóteses não precisam necessariamente ter sido aventadas contemporaneamente às diligências investigativas, em que pese a defesa esteja munida de meios legais de influir e participar da persecução penal desde esta fase preliminar.

Ao prever a nulidade absoluta do processo caso desrespeitada a exigência de investigar todas as hipóteses e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, os dispositivos pretendidos acabam por incentivar ataques indiretos à persecução penal, fomentando a interposição de intermináveis recursos, em detrimento mesmo do julgamento do mérito da questão posta, o que redundaria em morosidade e ineficácia ainda maior do processo penal brasileiro, em negativa a direitos constitucionalmente previstos.

É importante notar que tem sido difundido no Brasil que o Direito Penal é a *ultima ratio* e que, na aplicação do direito, deve-se garantir ao investigado todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Contudo, na senda de observar direitos e garantias individuais, ao tomar como fundamento os ideais garantistas, tem-se extraído conclusões equívocas, pois tem sido ignorada a necessária proteção aos interesses sociais e coletivos (FISCHER, 2009).

É o que Fischer (2009) denomina garantismo hiperbólico monocular porque consiste na disseminação de uma ideia apenas parcial do que são os ideais garantistas, e que, por isso, diverge do proposto por Luigi Ferrajoli em seus dez princípios fundamentais do sistema garantista.

Defende o autor que, em consonância com a compreensão integral dos postulados garantistas, o Estado deve considerar que durante a aplicação dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, não se pode deixar de propiciar à sociedade a eficiência e a segurança, evitando-se a impunidade. É que, para garantir a segurança, o Estado não deve se restringir a evitar a prática de condutas criminosas que maculam direitos fundamentais dos indivíduos, mas deve ir além, apurando os atos ilícitos ocorridos, com respeito aos direitos

dos investigados e processados, a fim de aplicar a punição legal prevista a eventuais responsáveis (FISCHER, 2009).

Cuida-se, pois, do olhar para as vítimas e para os efeitos nocivos dos delitos para a vida em sociedade, de fornecer ao coletivo a resposta da lei e a aplicação da pena legalmente prevista, como meio de dar efetividade ao sistema jurídico em vigência e restabelecer a paz social. É, portanto, o necessário restabelecimento de um sistema míope, que só olha para o investigado ou processado e ignora a vítima e a sociedade, sem o que não se pode afastar da tão apontada impunidade que permeia a justiça criminal brasileira.

E o alargamento irrestrito da investigação preliminar, que se tornará inevitavelmente inesgotável ante as incontáveis possibilidades que podem ser criadas a partir até mesmo de um restrito número de evidências, inclusive com a criação de causa aberta de nulidade processual com base em inocorrência de investigação em fase preliminar, que sequer é indispensável, confere àqueles que tem meio econômicos de financiar defesas meios de se livrar de quaisquer espécies de penas criminais, promovendo a impunidade como nunca antes visto em nosso já tão ineficaz sistema penal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Método, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

_____. **Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

_____. **Lei nº 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.

_____. **Lei nº 12.830**, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 656.709/PR (2021/0094811-6)**. Agravante: Vanderlei dos Santos; Apelados: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Acórdão de 25/5/2021, DJe 28/5/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100948116&dt_publicacao=28/05/2021. Acesso em: 16 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo 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. DJe nº 26/2009 de 9/2/2009, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 16 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 523**. No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu. DJ de 13/10/2003, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>. Acesso em: 16 jun. 2021.

_____. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento nº 188/2018**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 11 nov. 2020.

_____. Senado Federal. **Projeto de lei nº 5282 de 2019**. Altera o art. 156 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) para estabelecer a obrigatoriedade de o Ministério Público buscar a verdade dos fatos também a favor do indiciado ou acusado. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139043>. Acesso em: 05 out. 2020.

COGAN, Arthur. **Cesar Salgado: o Promotor das Américas**. 1. ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 16 jun. 2021.

GLOEKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan.-fev. 2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/11367>. Acesso em: 05 out. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especializada**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020a.

_____. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020b.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Projeto de lei para evitar a parcialidade na produção da prova penal. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 set 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-19/senso-incomum-projeto-lei-evitar-parcialidade-producao-prova-penal>. Acesso em 05 out. 2020.