

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

ANDREW MATEUS PEREIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Três Pontas

2021

ANDREW MATEUS PEREIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Trabalho apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Postdoc. Evandro Marcelo dos Santos.

Três Pontas

2021

ANDREW MATEUS PEREIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Artigo Científico apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca examinadora composta pelos membros:

Aprovado em / /

Prof. Postdoc. Evandro Marcelo dos Santos

Prof. Paulo Henrique Reis Mattos

Prof. Rodrigo Teófilo Alves

OBS.:

Dedico este trabalho à minha
fiéis amigos e à minha amada e lind
que seguiram ao meu lado nesses últir

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores que me acompanharam nesta jornada pelo curso de Direito, em especial ao meu orientador pelo auxílio e direção neste trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO	7
1. INTRODUÇÃO	7
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E MONOPÓLIO DE FORÇA DO ESTADO	10
3. O SISTEMA ACUSATÓRIO X INQUISITÓRIO	13
3.1 As garantias processuais e constitucionais	14
4. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	16
4.1. As atribuições processuais do Ministério Público	17
4.2. A inconstitucionalidade da investigação criminal pelo Ministério Público	18
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	20
ABSTRACT	22
REFERÊNCIAS	23

A INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

RESUMO

O presente artigo científico tem como objetivo o estudo sobre a constitucionalidade ou não da atuação do Ministério Público como realizador direto da investigação criminal. Inicia-se com uma breve contextualização sobre a participação da criminalidade e dos mecanismos sociais criadas no decorrer da história para suprimi-la, bem como a introdução do tratamento do tema no Brasil. Após, passa-se à reflexão sobre a oposição e equilíbrio entre o monopólio de força do Estado e os direitos individuais. É analisada a comparação entre os sistemas investigatório e inquisitório, as garantias processuais e constitucionais e a relação entre esses temas. É abordada a investigação criminal brasileira e as atribuições constitucionais das polícias e do Ministério Público. Depois, é feita reflexão sobre a inconstitucionalidade da atuação do Ministério Público como investigador criminal e as consequências de tal atuação. O trabalho é desenvolvido utilizando o método histórico, o método comparativo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: investigação criminal. Ministério Público. inquérito policial. constitucional.

1. INTRODUÇÃO

Com já sabidamente defendido por Thomas Hobbes em sua consagrada frase “o homem é o lobo do próprio homem”, a violência e a criminalidade são características inerentes à própria natureza humana, assim como vêm sempre acompanhadas das tentativas da sociedade de combatê-las e buscar a paz social. As mais diversas formas e sofisticções dessa eterna cruzada pelo combate aos delitos, a apuração da identidade de seus praticantes e a aplicação de uma justa e comedida penalidade foram as pedras que

pavimentaram a evolução do Direito através das eras e civilizações. Da mesma forma, também evoluíram as noções de direitos fundamentais, da presunção de inocência e da proteção do indivíduo contra o autoritarismo da pesada mão do Estado.

Almejando alcançar o delicado equilíbrio entre tais vontades opostas, o Estado Democrático de Direito brasileiro, por meio do processo penal constitucional, busca garantir a competente investigação, julgamento e punição do delinquente, bem como assegurar que seus direitos e garantias sejam observados. Diante de tais anseios, uma polêmica reside nas discussões acadêmicas e jurídicas brasileiras, com um fim provisório trazido mediante uma decisão no mínimo duvidosa do Supremo Tribunal Federal: a investigação criminal realizada pelo Ministério Público vai contra os direitos fundamentais e os preceitos constitucionais? Seria a atuação do *parquet* como investigador uma violação à ampla defesa e ao contraditório?

Como mencionado, a matéria foi alvo de uma decisão da Suprema Corte brasileira em 2015. Na ocasião, os ministros decidiram pela declaração de competência do Ministério Público para a realização de investigações criminais, desde que seguisse os limites impostos. Todavia, não só de decisões de máxima instância vive a ciência jurídica, de modo que a determinação do Supremo Tribunal Federal não deve ser interpretada como uma pedra que coloca fim aos debates e ao assunto. Sendo humanos, até mesmo os respeitáveis ministros são passíveis de erros e de equivocadas interpretações. Assim sendo, é legítimo e necessário que se continue a discorrer sobre os posicionamentos acerca do tema e suas possíveis consequências.

Essa discussão, que aos olhos destreinados pode parecer inofensiva ou não tão importante, traz em seu âmago o ponto decisivo que pode desencadear consequências muito mais complexas, uma vez que o que está em jogo é o direito à liberdade de todo e qualquer indivíduo que se veja acusado do cometimento de delitos. A polêmica, que divide opiniões há muitos anos, possui dois lados muito bem equipados no tocante a linhas argumentativas.

De um lado, há quem defenda que o Ministério Público, como decorrência de seu papel como *custos legis*, deve sim possuir competência e legitimidade para conduzir a próprio punho as investigações criminais, visto que seus poderes como guardião da correta

aplicação da lei devem abranger também a apuração das circunstâncias e da autoria de crimes, corroborando para a produção de provas e a acertada punição dos culpados. Aqui também reside a defesa da teoria dos poderes implícitos, onde uma vez que a Constituição Federal de 88 atribuiu ao Ministério Público a função de controle externo da atividade policial e das investigações, implicitamente também estaria nas mãos da instituição a possibilidade de realizar ela mesma a própria investigação em si.

Em contrapartida, o princípio da paridade de armas é um dos maiores argumentos contra a atuação do Ministério Público como órgão investigativo criminal, vez que assim o acusador da ação penal concentra em suas mãos muito mais poder que a defesa. Há também a ausência de previsão constitucional para tal, acompanhada de uma possível afronta ao mitigado direito de ampla defesa e contraditório presente também na fase inquisitória do inquérito policial.

Assim, vê-se necessário a análise racional e detalhada do tema, a comparação dos posicionamentos existentes e os autores que os defendem, levando em conta os direitos fundamentais assegurados aos indivíduos pela Constituição Cidadã e o propósito primeiro desta em contraste ao monopólio de força do Estado. Da mesma forma, é importante o estudo dos sistemas acusatório e inquisitório, ambos presentes no direito penal brasileiro, considerando suas características, propósitos, diferenças e os direitos individuais por eles contemplados. Valioso mencionar também as garantias processuais e constitucionais imbuídas do início da investigação criminal até o trânsito em julgado da sentença, garantias estas que devem ser observadas para se fazer jus a um processo penal constitucional e pleno.

Com objetivo do mais acertado resultado final, a explanação deve abranger também o que é a investigação criminal, as suas particularidades, seus nuances e as previsões da Carta Magna acerca dela e de seus responsáveis. Prosseguindo, deve-se analisar as atribuições legais e constitucionais do Ministério Público como função essencial à justiça e órgão permanente.

Após percorrer a aludida trilha de estudos e pesquisa bibliográfica, pode-se finalmente sopesar a principal questão em pauta, deliberando a constitucionalidade ou não da atuação do Ministério Público como investigador criminal, considerando se há de fato

competência do órgão para tal e esmiuçando o tema a fim de julgar se essa atuação significa a violação de direitos fundamentais ou princípios constitucionais e do direito penal.

De forma a proceder da melhor maneira possível com o desenvolvimento do tema, utilizou-se no presente trabalho de pesquisa bibliográfica e documental como técnica de pesquisa, bem como uma metodologia cunho qualitativo e natureza descritiva, através de uma leitura seletiva, reflexiva e analítica sobre o tema deste trabalho, a fim de considerar os principais conceitos encontrados para fundamentar este estudo.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E MONOPÓLIO DE FORÇA DO ESTADO

Desde os arcaicos modelos vingança penal, os indivíduos e grupos desenvolveram estágios de evolução do que viria a ser, atualmente, o Direito Penal, com todas suas garantias e limitações. Os mais primitivos modos de punição criminal, nos prelúdios de nossa civilização, foram o da vingança divina, onde as violações sociais confundiam-se com as crenças religiosas da época, e da vingança privada, onde o direito de retaliação aos crimes e afrontas era delegado ao próprio indivíduo lesado ou a seu grupo. Nas palavras de Cleber Massom:

Desse modo, imperava a lei do mais forte, a vingança de sangue, em que o próprio ofendido ou outra pessoa do seu grupo exercia o direito de voltar-se contra o agressor, fazendo “justiça pelas próprias mãos”, cometendo, na maioria dos casos, excessos e demasias, o que culminava com a disseminação do ódio e conseqüentes guerras entre grupos. (MASSOM, 2019, p. 162).

Assim, como forma de prevenção à dizimação e aos excessos entre os grupos, originou-se a Lei do Talião, coloquialmente conhecida pelos dizeres “*olho por olho, dente por dente*”, onde a legislação arcaica estatal estabelecia o direito à vingança privada, porém inovando em exigir proporcionalidade entre o dano e a pena.

À frente, devido à sofisticação política e social, surge a vingança pública, onde finalmente o dever e poder de punição aos delitos são entregues ao Estado. Segue um comentário de Cleber Massom sobre ordenações diretamente inspiradas por tal forma de vingança:

Marcadas pela fase da vingança pública, todas se orientavam no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições, as quais objetivavam infundir o temor pela punição. Além do predomínio da pena de morte, eram usadas outras sanções bárbaras e infamantes, como o açoite, a amputação de membros, o confisco de bens, as galés (eram aplicadas como comutação da pena de morte, ou, em grau mínimo, para os crimes de perjuro, pirataria ou de ofensa física irreparável da qual resultasse aleijão ou deformidade). Os punidos pelas galés deviam andar com calceta no pé e corrente de ferro, além de serem obrigados a trabalhos públicos e ao degredo (consiste na fixação de residência em local determinado pela sentença). (MASSOM, 2019, p. 175).

Chega-se ao ponto em que o Estado passa a tomar para si a titularidade da manutenção da ordem social e da segurança pública, tornando a última, a final, assunto estatal. Nas palavras de Cleber Massom:

Com a evolução política da sociedade e melhor organização comunitária, o Estado avocou o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, conferindo a seus agentes a autoridade para punir em nome de seus súditos. A pena assume nítido caráter público. Os ofendidos não mais necessitam recorrer às suas próprias forças. A finalidade dessa fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito penal então vigente. (MASSOM, 2019, p. 164).

Marca-se assim o início do alicerce e estruturas que levariam, séculos depois, ao desenvolvimento atual do Direito Penal e seu devido processo, bem como às garantias constitucionais.

O Estado, desde então, passou a ser o legítimo detentor do monopólio da força e do direito de punir, bem como das forças necessárias para que se atinja esse objetivo, sendo elas a militar, a policial e a jurídica.

Diante da adoção estatal do posto de guardião da coerção punitiva aos infratores, por séculos o poderio do Estado se demonstrou demasiado opressor e desproporcional, o que trouxe a necessidade de, progressivamente, os sistemas jurídicos desenvolverem

mecanismos visando coibir tal excesso. O principal passo nesse sentido foi dado após muitas batalhas e conquistas, com a separação dos poderes.

Inspirada por pensadores desde Aristóteles até John Locke e Montesquieu, a matriz da ideia revolucionária da separação de poderes veio da amarga experiência das monarquias absolutistas, onde um só indivíduo concentrava em suas mãos todo o monopólio de forças do Estado. Assim, após tantas ocorrências de governos absolutistas se demonstrando falhos e opressores na prática, estabeleceu-se a fundamental ideia de que uma só figura, seja ela um indivíduo ou grupo, não pode ser responsável por criar as leis, julgar os transgressores e comandar o Estado. Assim houve a separação entre o Legislativo, o Judiciário e o Executivo.

Após a Segunda Guerra Mundial e o Tribunal de Nuremberg, as discussões jurídicas se viraram para o estabelecimento de direitos humanos fundamentais e internacionais, buscando trazer, com a garantia destes, a dignidade da pessoa humana e evitar a repetição dos erros cometidos no passado pela desproporção da força do Estado ante a fragilidade do indivíduo.

Influenciado por tais ideias, o sistema jurídico brasileiro vem, com a Constituição Federal de 1988, trazer uma visão materna para os direitos fundamentais, abrangendo em seu artigo 5º, cláusula pétrea, o rol das garantias do cidadão. Assim, tratando-se de uma seara responsável pelo uso da força estatal para punir infratores e criminosos, o direito penal brasileiro e seu respectivo processo inevitavelmente são condicionados a respeitar tais direitos individuais, seja durante a apuração da suposta prática delituosa, seja durante a ação penal e a aplicação da devida pena. Assim, para ser considerado pleno e harmônico com o texto da Carta Magna, deve haver a aplicação de um direito processual penal constitucional.

Assim brilhantemente fala Flávio Martins:

O Direito Processual é mais um importante ramo do Direito Público, consistente num conjunto de normas destinadas a regular o processo, principal instrumento estatal de aplicação do Direito Material. Ele é utilizado, seja quando o Direito Material não é cumprido voluntariamente pelo indivíduo (quando alguém não paga sua dívida, quando o pai abandona seu filho etc.) ou quando a própria lei

fixa o processo como o único meio de aplicação do Direito Material (como no Processo Penal, única forma de se aplicarem as penas, já que, como determina o brocardo latino, “nulla poena sine iudicio”). Por ser esse instrumento público relevantíssimo, não ficaria distante das normas constitucionais. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 181)

Ao contrário do que se imagina inicialmente ao primeiro contato com o Direito, o processo penal, ao constituir toda a ritualística e conjunto de normas para conduzir a investigação e ação penal, não é um conjunto de ferramentas que visa especificamente punir o acusado e sim a definição de mecanismos jurídicos que intenciona protegê-lo do poderio estatal e garantir que seus direitos sejam contemplados, vez que o acusado se trata da parte mais fraca na relação em questão.

Assim, é imprescindível que, ante o trajeto processual penal, todas as etapas desde o a investigação até a sentença sejam concordantes com o texto constitucional e tudo o que ele define e delega, sob risco de violação de direitos preciosos caso o seja feito.

O direito penal não é apenas punitivo. É, na verdade, é a linha divisória entre a prepotência do Estado e os direitos individuais (NUCCI, 2019).

3. O SISTEMA ACUSATÓRIO X INQUISITÓRIO

No decorrer da evolução histórica do Direito Criminal, pode-se extrair a existência de duas modalidades de sistemas processuais penais, os quais são: o sistema acusatório e o sistema inquisitório ou inquisitivo.

Iniciando os estudos pelo primeiro, o sistema acusatório é o adotado na jurisdição pátria como sistema processual da ação penal. Nas palavras de Rodrigo Rodrigues Moreira:

O sistema acusatório possui algumas características definidoras, quais sejam: a separação de funções processuais e a gestão da prova. A primeira característica compreende-se de partes distintas, em igualdade de condições, cada uma buscando realizar o seu ofício, seja acusando, defendendo ou julgando. De outro lado, a segunda característica, entendendo-se que fica sob o interesse e vontade das partes, exclusivamente, a produção e a gestão em geral de qualquer prova. (MOREIRA, 2017, p. 8)

Assim, resta clara sua caracterização: é um sistema processual no qual o indivíduo, diante da acusação de ter praticado um delito recaindo sobre si, tem contemplado seu direito de resposta, materializado na forma dos princípios da ampla defesa e do contraditório. É invocada a igualdade de condições na exposição da versão dos fatos, na produção de provas tanto para a acusação quanto para a defesa e o acusado tem a oportunidade de réplica a qualquer informação apresentada contra ele e seus interesses.

Visto que, no decorrer da ação penal, o acusado enfrenta face a face o poderio estatal de acusação, na figura do Ministério Público e do *parquet*, a adoção de um sistema acusatório e garantista é o que coíbe o autoritarismo e a injustiça, perante tal desbalanço de poder. Por isso é de magna importância a ocasião dada ao primeiro para que rebata cada prova apresentada, cada argumento proferido e cada suposição posta em juízo, de modo que nada passasse sem a chance de ser apresentado o outro lado da moeda.

De mesma forma imprescindível, em tal combate ao autoritarismo, é a separação das funções. Segundo Thiago Freitas Camelo:

O modelo acusatório caracteriza-se pela distribuição entre sujeitos processuais distintos das funções de acusar, defender e julgar. Ao sujeito legitimado para a acusação, cumpre deduzir a pretensão em juízo, imputando a alguém a prática de uma conduta criminosa; ao acusado toca o direito de, pessoalmente ou por meio de um terceiro habilitado, defender-se dessa acusação; ao Juiz cumpre a tarefa de julgar o caso, avaliando, em posição equidistante dos demais sujeitos, os argumentos e as provas apresentadas pelas partes. (CAMELO, p. 212).

Em contraste com tal observância de contra argumentação, o sistema inquisitório é regido por uma diferente abordagem processual. O réu é visto como mero objeto da persecução e as funções de acusar, defender e julgar se reúnem concentradas na mesma pessoa (CAPEZ, 2020, p. 335). Esse foi, durante muitas eras, o sistema de predominante adoção em inúmeras culturas, onde, em tempos mais bárbaros, era permitida até mesmo a aplicação de torturas como forma de interrogatório, visando obtenção de confissão do acusado.

De maneira evoluída e menos rústica, ainda sobrevive uma variação do sistema inquisitório no ordenamento jurídico brasileiro, tão somente em um momento da fase pré-

processual: no inquérito policial. Todavia, obviamente, tal variante abrange o respeito às garantias individuais e direitos humanos, não permitindo métodos de produção de provas que os violem. Pela natureza investigativa e coletora de dados e informações do inquérito policial, este necessita omitir-se da observância apenas da ampla defesa e do contraditório, vez que tais garantias poderiam refrear a eficiência da investigação.

3.1 As garantias processuais e constitucionais

Sob a égide da Carta Magna de 1988 e, além dela, dos inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, todo e qualquer cidadão, em qual for a seara jurídica brasileira, é dotado de garantias e direitos fundamentais, os quais asseguram a contemplação da dignidade da pessoa humana.

No âmbito penal, principalmente por sua natureza de *ultima ratio*, não poderia ser diferente. Os reflexos das garantias constitucionais podem ser observados na forma transmutada de garantias processuais, formando assim a busca pelo Processo Penal Constitucional. Por isso é imprescindível o respeito a todos os quesitos cirurgicamente colocados em todas as fases pré-processuais e processuais criminais, desde a legalidade da prisão em flagrante delito até o acesso e oportunidade de plena defesa em todos os graus de recurso previstos em lei.

Apesar de, como supracitado, o inquérito policial ser pautado por um sistema inquisitório, não há supressão alguma das garantias constitucionais do indivíduo objeto da investigação. Outrossim, mesmo o direito à ampla defesa e ao contraditório, aqui inobservado devido à sua incompatibilidade com a natureza inquisitiva, ainda sim se encontra no âmago do inquérito, garantindo uma defesa ao investigado e ao acusado, ainda que de forma mitigada e reduzida.

Nesse sentido há firmada concordância dos tribunais superiores, como pode ser visto na Súmula Vinculante 14 do STF, que preconiza que “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”. Na mesma direção aponta também o STJ:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGA. FLAGRANTE. INQUÉRITO POLICIAL. INTERROGATÓRIO PERANTE AUTORIDADE POLICIAL SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NULIDADE DO PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial, não se pode perder de vista que o suspeito, investigado ou indiciado possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre os quais o direito ao silêncio, à preservação de sua integridade física e moral e o de ser assistido por advogado. 2. In casu, consta do Auto de Prisão em Flagrante e do Termo de Interrogatório que a então investigada, ora paciente, foi cientificada de seu direito de permanecer em silêncio, de ter assistência de um advogado, de saber a identidade do responsável por sua prisão, de ter sua integridade física/moral respeitadas e de não ser datiloscopicamente identificada se portadora de cédula de identidade, porém não manifestou desejo de ser assistida por advogado, o que denota não existir qualquer nulidade a sanar, até porque o interrogatório judicial deverá ser realizado sob o crivo do contraditório, na instrução processual. 3. Habeas corpus denegado. (Grifo Meu)

(STJ - HC: 382872 TO 2016/0329809-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 09/05/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/05/2017)

Portanto, no estudo em pauta, trata-se de questão importantíssima a análise das funções dispendidas pelos agentes públicos e suas respectivas consequências sobre os direitos e garantias do acusado, através das lentes processuais e constitucionais, levando em conta que até mesmo a fase investigatória possui decorrências passíveis de influir na devida defesa daquele que enfrenta as pesadas potências acusatórias estatais.

4. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Juntamente com a sofisticação histórica do direito criminal e do processo pelo qual este seria aplicado, desde o cometimento da ação delituosa até a aplicação da respectiva pena, houve surgimento também dos mecanismos que garantiriam a proximidade destes com a real justiça, dentre os quais figura a produção de provas.

A produção de provas, mesmo que sob um olhar desatento possa não parecer, é dotada de uma imensa sofisticação e, por si só, pode ser considerada um divisor de águas

entre a maneira primitiva de se fazer o Direito em sociedade e o processo judiciário justo e civilizado. Na definição concedida por Eugênio Pacelli:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado se submetia a determinada provação física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova. (PACELLI, 2021, p. 422).

Como já foi elencado, no inquérito policial, meio pelo qual o sistema jurídico pátrio realiza a apuração de delitos criminais, o contraditório e a ampla defesa podem ser encontrados, ainda que de maneira mitigada, em alguns traços, como por exemplo, na ocasião de reconstrução do momento do crime ou quando o acusado oferece nas oitivas a sua versão dos acontecimentos. Nas palavras de Marcelo Azevedo Guedes:

De outro giro, a investigação penal possibilita ao próprio acusado, desde já, comprovar sua inocência, evitando, até mesmo, a propositura da ação penal. Inobstante seja predominantemente inquisitorial, esclarecimentos prestados através de interrogatório e documentos juntados podem obstar a pretensão punitiva, consolidando o estado de inocência. (GUEDES, 2013, p. 10).

Assim, chega-se à conclusão de que mesmo adotando um sistema inquisitorial, a fase do inquérito policial e sua decorrente produção de provas, por si só, caracteriza uma importante oportunidade para o acusado fazer brotar as primeiras raízes de sua defesa contra as acusações contra ele proferidas.

4.1. As atribuições processuais do Ministério Público

No processo penal brasileiro, o Ministério Público, principalmente, ocupa a função de parte legitimada para a acusação nas ações penais públicas, figurando assim, na figura do *parquet*, como aquele que pugna a condenação dos delinquentes, quando esta se vê concordante com o ordenamento jurídico, bem como recorre decisões a ela contrárias. Todavia, apesar de tal atribuição, é de suma importância atentar para o papel ministerial de defensor do próprio ordenamento jurídico. Com a palavra do ilustre Eugênio Pacelli:

Ao contrário de certos posicionamentos que ainda se encontram na prática judiciária, o Ministério Público não é órgão de acusação, mas órgão legitimado para a acusação, nas ações penais públicas. A distinção é significativa: não é por ser o titular da ação penal pública, nem por estar a ela obrigado (em razão da regra da obrigatoriedade, já estudada), que o *parquet* deve necessariamente oferecer a denúncia, nem, estando esta já oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias. Enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem jurídica, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante da e na jurisdição penal. (PACELLI, 2021, p. 585).

Assim, denota-se a importância de se respeitar não apenas em teoria, mas também na prática, a denominação do *parquet*, não ao acaso, como Promotor de Justiça e não Promotor de Acusação.

De maneira harmônica com tais atribuições, o Código de Processo Penal também imputa ao Ministério Público o posto de requisitar a instauração de inquérito policial e pedir a realização de diligências, exercendo assim controle externo da investigação. Da mesma forma, cabe ao órgão a análise das provas produzidas até esse momento e o oferecimento de denúncia ao Judiciário quando coerente, bem como pleitear o arquivamento do inquérito policial ou de sua derradeira ação penal uma vez que não encontre ali indícios de autoria e materialidade.

4.2. A inconstitucionalidade da investigação criminal pelo Ministério Público

Tendo em mente, de maneira clara e objetiva, as noções acerca dos direitos fundamentais frente ao monopólio do poderio punitivo do Estado, dos nuances intrínsecos aos sistemas acusatório e inquisitório, das garantias processuais e constitucionais e, por fim, das atribuições processuais do Ministério Público, é intuitivo que se chegue à conclusão da inconstitucionalidade formada pela sua atuação na investigação criminal.

Primeiramente, à análise da inconstitucionalidade trazida ao tema pela contemplação do próprio texto constitucional. A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 144, §1º, inciso IV, e § 4º que a função de apuração de infrações penais, exceto as militares, incumbe às polícias judiciárias:

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

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

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

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (BRASIL, 1988).

Diante de tal delimitação, são a Polícia Civil e a Polícia Federal as instituições responsáveis pela realização da investigação criminal, cada qual com sua jurisdição. Como reflexo de tal disposição, inclusive, nota-se que todo o Título II de nosso Código de Processo Penal é dedicado à regularização do inquérito policial.

A Carta Magna também define, em seu art. 129, inciso VII, que compete ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, todavia sem atribuir a ele a legitimidade para realizar por si só a investigação criminal. É nítido que em tal definição foi utilizado expressamente do termo “controle externo”, denotando a vontade do constituinte de delimitar a isto a ação do Ministério Público em sua atuação nas investigações criminais. Não fosse esse o intuito, se limitasse ao termo “controle das atividades policiais” ou algo semelhante.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

No âmbito teórico, a condução das investigações pelas mãos do órgão ministerial, além de atentar contra as garantias do sistema acusatório, macula também a imparcialidade necessária ao *parquet*, a qual deve nortear suas ações e sua atuação (CAMELO, p. 217). É indubitável que, como ser humano, haja interferência de interesses do promotor como parte processual, que pode influenciar na coleta de provas que somente interessem à acusação.

Aqueles que adotam entendimento contrário à possibilidade de o Ministério Público promover procedimentos administrativos investigatórios aduzem, em síntese, que: a) a atividade investigativa, consoante o artigo 144, § 1º, IV, e § 4º, da Constituição Federal, é exclusiva da polícia judiciária; b) a investigação procedida pelo Parquet viola o sistema acusatório; c) a condução de investigações se mostra incompatível com a imparcialidade que deve nortear a atuação do membro do Ministério Público; d) a tendência do promotor de justiça de colher as provas que somente interessem à acusação; e) a investigação procedida pelo Parquet promove um desequilíbrio entre acusação e defesa; f) a inexistência de previsão legal de instrumento hábil a permitir e demarcar os limites das investigações; g) o Parquet tem o poder de requisitar diligências ou a instauração de inquéritos policiais, mas jamais de presidi-los, nos termos do art. 129, III, da CF. (CAMELO, p. 217).

Desta maneira, encontram-se desamparadas a ampla defesa e o contraditório, que como visto anteriormente já são mitigados na investigação criminal pela própria natureza inquisitória do inquérito, assim como é afetada a pureza esperada da ponderação que precede a proposição ou não da denúncia com base nas informações colhidas, as quais indicam ou não a autoria e materialidade do delito. É seguindo por esse caminho que se

incentiva que o investigado seja denunciado a todo custo, independentemente da preocupação com a realidade dos fatos ocorridos.

Assim, há inúmeras maneiras através das quais tal atuação cause desequilíbrio à relação já díspar entre a acusação e a defesa. Deve-se considerar, além disso, a ausência de previsão legal de instrumento hábil a permitir e definir os limites das investigações promovidas pelo Ministério Público, o que pode desencadear em um poder ilimitado e altamente concentrado nas mãos do *parquet*.

Como derradeira argumentação, há a teoria dos poderes implícitos, a qual é utilizada para afirmar que a determinação constitucional do papel de defensor do cumprimento da lei ao Ministério Público, bem como a atribuição a ele do controle externo da atividade policial, traria implicitamente a legitimidade e competência para que o *parquet* conduza per si as próprias investigações penais. Tal extensão analógica é um monstro jurídico, uma vez que trata o interpretador como maior entendedor das vontades do constituinte do que ele próprio o era, alegando significados em entrelinhas do texto constitucional, como se a Carta Magna pudesse ter sido escrita por meio de enigmas e abstenções parciais misteriosas ao invés da clareza exigida por sua natureza.

Portanto, resta clara a inconstitucionalidade da atuação do Ministério Público como órgão investigador direto de práticas criminais, atuação esta que viola de múltiplas formas os sofridamente conquistados direitos e garantias fundamentais do cidadão perante a autoridade autoritária estatal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, como nossa Carta Magna, exerce o sumo papel de dispositivo orientador de todo o sistema jurídico, tanto regulando a atuação de todos os representantes do poderio Estatal na aplicação do Direito quanto servindo como base incontrariável para a legislação infraconstitucional. Assim, é nítido que os direitos por ela estabelecidos devem ser obedecidos e defendidos como âmagos das garantias do cidadão, bem como as funções por ela delimitadas devem ser respeitadas, sob pena de violar a separação de poderes e o sistema acusatório.

Ao estabelecer no texto constitucional as atribuições dos órgãos policiais, do Ministério Público e do Judiciário, a fim de que nenhum indivíduo concentrasse em suas mãos poder em demasia, a Constituição garantiu que o responsável por investigar e apurar os delitos não fosse o mesmo que analisaria as provas em prol do oferecimento ou não da denúncia e, ainda, que nenhum destes fosse o responsável por julgar o mérito do caso pela eventual condenação.

É nosso dever, como cidadãos brasileiros e conhecedores estudiosos do Direito, defender as garantias individuais penosamente conquistadas, lutar pelo cumprimento dos ditames legalmente estabelecidos e desprezar o autoritarismo estatal, de qualquer forma que ele se manifeste. Não há argumentação séria que justifique a investigação criminal ser levada a cabo pelo próprio responsável pelo oferecimento da denúncia e pelo papel de acusação. A investigação não tem relação com a acusação, e sim com a verdade dos fatos, podendo chegar inclusive a um arquivamento.

Inclusive, qualquer malabarismo argumentativo que leve a uma hipótese de poderes implícitos na Constituição para qualquer órgão desencadearia resultados potencialmente desastrosos uma vez que, com a lógica de que “quem pode mais pode menos”, o magistrado poderia tudo, vez que é a figura do Estado no julgamento da lide. Assim, como pensa Henrique Hoffmann, ao considerarmos poderes implícitos ao *parquet* que o permitem investigar por conta própria devido ao seu papel como controle externo da investigação e fiscal da lei, considerar-se-ia também a existência de um magistrado investigador (informação verbal) ¹, prejudicando a imparcialidade

Conclui-se, portanto, após os estudos apresentados no trabalho, que a investigação criminal empreendida pelo Ministério Público é inconstitucional, tanto pela ausência de anuência expressa quanto por sua incompatibilidade e desarmonia com o restante da Constituição. Tal prática, além de prejudicar a apuração dos fatos, a produção preliminar das provas e o juízo prévio de autoria e materialidade, contaminaria ainda o *parquet* em seu papel de promotor de justiça e atentaria contra a ampla defesa, o contraditório e as garantias fundamentais do acusado.

¹ Fala do professor e delegado Henrique Hoffman, durante uma palestra ministrada aos estudantes da FATEPS - Grupo Unis em junho de 2021.

A despeito da decisão tomada acerca do tema por nossa Suprema Corte, há aqui clara violação do principal preceito da Constituição Cidadã, que é a proteção do indivíduo contra a disparidade de armas o Estado e o eventual abuso deste através da concentração e excesso de poder. Assim, ao violar-se o cerne e motivo de existência de nossa Carta Magna, ela passa a estar violada por inteiro, bem como os direitos de cada indivíduo que se encontra sob sua égide. Para que essa atuação fosse legítima, seria necessária reforma constitucional que a previsse, bem como alterações orgânicas no próprio Ministério Público e limitações claras instituídas, de modo a fazer valer a nomenclatura de Estado Democrático de Direito.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF CRIMINAL INVESTIGATION CARRIED OUT BY THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

ABSTRACT

This scientific article aims to study the constitutionality or not of the role of the Public Prosecutor's Office as a direct performer of criminal investigation. It begins with a brief contextualization on the participation of criminality throughout history and the social mechanisms created to suppress it, as well as an introduction to the treatment of the subject in Brazil. Afterwards, there is a reflection on the opposition and balance between the State's monopoly of power and individual rights. The comparison between the investigative and inquisitorial systems, the procedural and constitutional guarantees and the relationship between these themes is analyzed. The Brazilian criminal investigation and the constitutional attributions of the police and the Public Ministry are addressed. Then, a reflection is made on the unconstitutionality of the Public Ministry's role as a criminal

investigator and the consequences of such action. The work is developed using the historical method, the comparative method and the bibliographic research technique.

Palavras-chave: investigation. criminal. Public Prosecutor. inquiry. police.

REFERÊNCIAS

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

MASSON, Cleber. Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1 / Cleber Masson. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal / Fernando Capez. – 27. ed. – São Paulo : Saraiva. Educação, 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional / Flávio Martins Alves Nunes Júnior. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme. Pós-graduação online em Direito Penal e Processo Penal Aplicados com Guilherme Nucci. Youtube, 4 de fev. de 2019. Disponível em:
<https://www.youtube.com/watch?v=ixRe_PQqms4>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

STJ - HC: 382872 TO 2016/0329809-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 09/05/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/05/2017.

MOREIRA, Rodrigo Rodrigues. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. Ministério Público do Rio Grande do Norte, Revista Jurídico-Institucional. jul./dez. 2017.

CAMELO, Thiago Freitas. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará.

GUEDES, Marcelo Azevedo. O PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL. Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2013.