

O Ministério Público e a presidência das investigações

ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS (*)

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem abordado, ultimamente, sobre a possibilidade de investigação direta por parte do Ministério Público, atividade cada vez mais crescente, ante a inépcia investigativa corriqueiramente observada na polícia judiciária.

Bradam algumas vozes no sentido da impossibilidade desta providência ministerial, tomando-se, como norte para este posicionamento, o fato de que a atividade de polícia judiciária foi constitucionalmente conferida às polícias federal e civil, nos termos do art. 144, § 1º, IV e § 4º, razão pela qual qualquer investigação de fato penalmente relevante diretamente realizada pelo Ministério Público estaria a vulnerar as atividades policiais, além de se substituir a estas, pelo que não se poderia coadunar com dita prática.

Ademais, sustentam que ao Ministério Público foi conferido o poder de requisitar diligências investigatórias (art. 129, VIII, CR), e não de realizá-las diretamente, o que só poderia ser feito através da atividade policial.

Antes de se analisar os argumentos jurídicos deste posicionamento exposto, convém analisarmos os fundamentos fáticos que conduziram à postura restritiva destacada.

O último enfrentamento do tema efetivado pela Suprema Corte foi motivado por recurso em *Habeas Corpus* (RHC 81.326-DF) interposto por delegado de polícia federal que não pretendia ver-se investigado, diretamente, pelo Ministério Público Federal, razão pela qual utilizou-se daquela via para amparar seu não atendimento à notificação para comparecimento, a fim de prestar esclarecimentos, ao núcleo ministerial de investigação respectivo.

Os casos que motivam o Ministério Público a atuar diretamente nas investigações geralmente giram em torno do aspecto de serem os envolvidos no fato de relevo penal pessoas que, em razão do *status* social que ostentam ou em função do cargo público ocupado, provavelmente não terão uma investigação minuciosa por parte dos órgãos policiais, como, *v.g.*, nos casos de agentes de alto escalão ou naqueles em que policiais investigam policiais.

Ademais, a atuação ministerial direta na fase investigativa, em não poucas hipóteses, está relacionada à ineptude policial para efetivar as inúmeras

diligências investigativas que lhe são atribuídas, não conseguindo, pois, desempenhar adequadamente seu *munus*, o que acarreta a necessidade de atuação do Ministério Público para que a persecução penal seja realizada com eficiência.

Por outro lado, sabemos que a deflagração da ação penal não pode ser algo arbitrário, necessitando da presença de uma condição denominada “*justa causa*”, que é o suporte fático probatório mínimo que autoriza o recebimento da prefacial acusatória, com a conseqüente inauguração da segunda fase da *persecutio criminis*, pelo que uma investigação inexistente ou mal feita obsta o início da ação penal.

Recorde-se, outrossim, que existe, em nosso ordenamento jurídico penal, um instituto denominado “*prescrição*”, do qual decorre a penalização do Estado por sua morosidade, fixando o legislador prazos para o exercício da pretensão punitiva e da pretensão executória (ressalvando a exceção constitucional da imprescritibilidade), motivo pelo qual, permanecendo o Ministério Público à mercê da ineficiência investigativa policial, certamente verá, em inúmeras hipóteses, sua pretensão punitiva fulminada pela prescrição ou, o que é ainda mais comum, a diluição no tempo do acervo probatório, pois, caso não colhido com prontidão e rapidez, pode ser perdido em definitivo.

Vistos estes aspectos, indaga-se: a quem poderia interessar a não atuação direta do Ministério Público na fase investigativa? Àqueles que pretendem manter ou restaurar a paz social? Àqueles que almejam ver os autores delituosos perseguidos criminalmente e punidos por seus atos infratores?

A resposta há de ser negativa. Essa vedação somente pode interessar àqueles que querem permanecer impunes por seus atos, sabedores que a investigação policial, em não raras vezes corrompida ou ineficiente, não galgará carrear indícios suficientes em desfavor dos mesmos; interessará também àqueles que pretendem manter o monopólio completamente descabido e ilegal dos fatos que serão objeto de investigação e processamento; será de grande interesse daqueles que querem à distância o órgão fiscalizador, para que não possa ter conhecimento e apurar os eventuais “*desvios*” e “*favorecimentos*” perpetrados pelos mesmos; interessará também aos incontáveis delinqüentes de grande porte e seus defensores, pois mais sucesso terão em obter a vitória, caso sujeitos unicamente à “*capenga*” investigação policial; interessará, com muito mais razão, àqueles que estão mais comprometidos com o caos do que com a paz social.

2. DA AUSÊNCIA DE EMBASAMENTO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL PARA PERTENCER EXCLUSIVAMENTE ÀS POLÍCIAS A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.

Em que pese não se anuir, cabe aqui analisar um dos argumentos invocados para se afastar o Ministério Público das investigações, referente ao aspecto de que a Constituição da República teria atribuído a atividade investigatória

criminal, com exclusividade, às Polícias Federal e Civil, nos termos do art. 144, § 1º, IV e § 4º.

Convém, desde logo, salientar que regras constitucionais podem ser excepcionadas por outras regras de cunho igualmente constitucional, conforme se observa, sem querer exaurir as hipóteses, e sim apenas para exemplificar, no art. 58, § 3º, CR, que prevê as Comissões Parlamentares de Inquérito; ou seja, o absolutismo pretendido claramente não foi previsto pelo legislador constituinte originário.

Porém, caso ainda se pretenda fincar o entendimento no argumento acima, devemos, então, começar a repensar a constitucionalidade de diversas normas federais que prevêem a possibilidade de investigação penal por órgãos outros que não se inserem na atividade policial, como, *v.g.*, o Poder Judiciário, quando investiga magistrados suspeitos de práticas delituosas (art. 33 da Lei Complementar nº 35/79), ou quando investiga crimes falimentares (art. 103 e segs. do Decreto-lei n. 7.661/45).

Não se pode olvidar que nosso Diploma Processual Penal afastou expressamente a tese da exclusividade, no termos do art. 4º, parágrafo único, cuja redação vem sendo mantida no texto da reforma do Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional.

Contudo, a pueril tese de pertencer com exclusividade a investigação criminal às polícias civil e federal além de inobservar o interesse público, só poderá prevalecer em outra realidade constitucional que não a presente, onde se observa, claramente, que o constituinte dissociou as idéias de função de polícia judiciária e função de investigação penal, nos termos do § 4º, do art. 144, mencionando que "*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.*" (grifou-se)

Vale dizer, deixou claro o constituinte que, na atividade de polícia judiciária, não se inclui a de apuração de infrações penais, referindo-se a ditas funções separadamente, e, ao atribuir função com exclusividade à polícia, atribuiu a função de polícia judiciária, e, mesmo assim, à polícia federal (art.144, § 1º, IV).

Resta saber o que se entende por atividade de polícia judiciária.

A doutrina acertada se posiciona no sentido de ter o legislador processual penal elencado no art. 13 do CPP o que entende ser atividade de polícia judiciária, função esta que pode ser traduzida como auxiliar da Justiça, incumbido às polícias de âmbito estadual e federal desempenhá-las em auxílio ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.

Neste norte nos orienta o Prof. MARCELLUS POLASTRI LIMA, salientando que "*as funções de polícia judiciária não se refletem necessariamente na apuração de crimes, cabendo também auxiliar a justiça criminal, fornecer informações necessárias à instrução*

e julgamentos de processos, realizar diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público e cumprir mandados de prisão, na forma do art. 13 do CPP.”¹

Destaca-se que a própria Excelsa Corte Pátria estabelece diferença entre função de polícia judiciária e apuração de infrações penais e sua autoria², aspecto este também observado no bojo da Carta Magna (art. 144, § 4º), razão pela qual pode-se concluir com segurança que não são ditas funções sinônimas.

Vejam que a lei adjetiva penal, no art. 13, não se referiu às diligências investigativas realizadas de ofício diretamente pela polícia, e sim mencionou atividades típicas de apoio aos órgãos componentes da justiça já referidos, vale dizer expressou o que pode ser tido como atividade de polícia judiciária.

Em que pese ser a apuração de crimes atividade típica e característica da polícia, não se insere na conceituação de função de polícia judiciária, institutos expressamente mencionados de forma autônoma pelo Constituinte.

Nestes termos, bem destacou o Prof. TOURINHO FILHO:

“A Polícia Judiciária exerce aquela atividade, de índole eminentemente administrativa, de investigar o fato típico e apurar a respectiva autoria. É o conceito que se infere do art. 4º do CPP. Contudo, o art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF distinguem as funções de apurar as infrações penais e as de Polícia Judiciária. Já que houve tal distinção, é lícito afirmar, nos termos do § 4º do art. 144 da Lei Maior, que às Polícias civis, dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de investigar as infrações penais e sua respectiva autoria, bem como fornecer às Autoridades Judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; realizar as diligências requisitadas pela Autoridade Judiciária ou Ministério Público; cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades competentes; representar ao Juiz no sentido ser decretada a prisão preventiva ou temporária; representar ao Juiz no sentido de se proceder ao exame de insanidade mental do indiciado; cumprir cartas precatórias expedidas na área de investigação criminal; colher a vida pregressa do indiciado; proceder à restituição, quando cabível, de coisas apreendidas, realizar as interceptações telefônicas, nos termos da Lei n. 9.296/96 etc.”³ (grifou-se)

¹ Curso de Processo Penal, vol. I, RJ: Lumen Juris, 2002.

² ADIn nº 1557-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, in Informativo do STF nº 71.

³ Processo Penal, vol. I, p. 190 e segs., ed. Saraiva, 2003.

A parte em grifo acima refere-se, pois, às atividades tidas como de Polícia Judiciária, a serem desempenhadas pelas Polícias Federal e Civil, função esta técnica e textualmente distinta da função de apuração das infrações penais e respectivas autorias.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PRESIDIR AS INVESTIGAÇÕES PENAIS

Feito o intróito necessário, cabe agora adentrarmos no foque central do trabalho, referente à possibilidade do *Parquet* presidir as investigações de cunho penal, expondo, ainda, as conseqüências e prerrogativas decorrentes desta permissibilidade.

Conveniente, contudo, esclarecer que a presidência das investigações aqui sustentada não é referente às realizadas no inquérito policial, que, como o próprio nome diz, deve ser presidido por delegados de polícia de carreira; o que se assevera é que o Ministério Público não só pode como deve presidir as investigações relacionadas aos procedimentos apuratórios penais que instaurar.

Apesar de já superado doutrinária e jurisprudencialmente a primeira argumentação comentada acima, tem-se visto, atualmente, ser sustentado com maior vigor que a impossibilidade do Ministério Público investigar diretamente as infrações penais e suas respectivas autorias está assentado no fato de que a Carta Maior só permitiu ao *Parquet* a possibilidade de requisitar a instauração de inquérito policial e a realização de diligências investigatórias (art. 129, VIII, do CR); não contemplou, porém, a possibilidade do mesmo realizar e presidir inquérito penal.

Apesar de ter sido neste sentido a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento mais recente sobre o tema proferido ⁴, a matéria não encontra guarida pacífica na Corte, onde, pelo que se tem notícia, encampam este entendimento os Ministros Nelson Jobim, Marco Aurélio e Carlos Velloso, encontrando contrariedade no posicionamento dos Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira (aposentado), Joaquim Barbosa, Carlos Britto e, em parte, Carlos Velloso ⁵.

Bom frisar, ademais, que a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público é matéria já pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, onde reiteradamente se decide ser o *Parquet* "detentor de competência para efetuar diligências, colher depoimentos, investigar os fatos a fim de poder oferecer denúncia" ⁶, e ainda que "competindo ao Ministério Público promover,

⁴ RHC 81.326-DF, rel. Min. Nelson Jobim, *Informativo do STF* n. 307.

⁵ HC 83.157-MT, rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/07/03.

⁶ RMS 12.357-RJ, rel. Min. Vicente Leal, j. 19/11/02 (no mesmo sentido: HC 12.685-MA, rel. Min. Gilson Dipp, j. 11/06/01).

*privativamente, a ação penal pública, servindo o inquérito policial apenas de instrumento informativo para formar sua opinio delicti, não há óbice legal que, diretamente ou por meio da autoridade policial, obtenha os elementos de convicção para propositura da demanda".*⁷

Na presente exposição se pretende externar que o Ministério Público não só tem a prerrogativa de realizar diligências investigatórias de forma direta, como já destacado, mas, também, presidir as apurações penais.

As investigações pré-processuais têm a única finalidade de fornecer subsídios para que o titular da ação penal possa exercer com segurança e eficiência sua *opinio delicti*, poder este desempenhado pelo Estado-Administração através do Ministério Público, e tanto assim é que o inquérito policial é peça eminentemente dispensável, pois, já tendo obtido o *Parquet* os elementos suficientes para deflagrar a *persecutio criminis in iudicio*, despiendo será aquele procedimento investigatório.

Destarte, neste ponto, não há voz que possa bradar em contrário; o inquérito policial e qualquer outro procedimento investigatório de cunho penal têm como destinatário final o Ministério Público; a existência destes está baseada em servir o Órgão Ministerial dos elementos de que necessitar para o exercício de seu *munus* constitucional; é o Ministério Público quem terá a palavra final sobre terem sido ou não suficientes as investigações realizadas para o embasamento da prefacial acusatória.

Diante disto, a função constitucionalmente atribuída ao Ministério Público pressupõe sempre a atribuição em conjunto dos meios necessários para o regular desempenho desta⁸, não podendo, desta forma, ser entendido que a atuação ministerial relacionada ao exercício do direito de propositura da ação penal pública poderia ficar restringida ou subordinada à apuração prévia por parte de outros órgãos de investigação.

O Ministério Público não tem como característica a inércia, não depende de provocação; não só pode como deve buscar os elementos de que necessitar para cumprir seus deveres junto à sociedade. Ele certamente saberá com maior precisão aquilo do que precisa para formar seu convencimento. Qual seria, então, o motivo da exigência impreterível de se buscar estes elementos de prova através de requisição a outro órgão, que poderá fazê-lo morosa e tardiamente, fazer de forma incompleta ou até mesmo não fazê-lo? Estar-se-ia, então, absurdamente estabelecendo que outros órgãos poderiam peneirar os fatos que devam chegar ao conhecimento do Ministério Público, como se este fosse um órgão inerte, ou melhor dizendo, haveria então uma "alfândega" entre a sociedade e o órgão incumbido de defendê-la?

⁷ ROMS 12357-RJ, rel. Min. Vicente Leal, j. 05/05/03.

⁸ Neste sentido, AURY LOPES JR., in *Sistemas de Investigação Preliminar-RJ*: Lumen Juris, 2002, pp. 142/143.

Ademais, bem se sabe que o parágrafo único do art. 4º do CPP, recepcionado constitucionalmente, deixou claro que autoridades administrativas outras diversas das policiais poderão presidir investigações penais.

Com efeito, a Lei Federal nº 8625/93, no seu art. 26, I e V, e art. 27, parágrafo único, I e III, e a Lei Complementar Federal nº 75/93, em seu art. 8º, I, V e VII, c/ c art. 80 da Lei nº 8625/93, estão a autorizar expressamente a instauração de procedimento investigatório penal por parte do Ministério Público, com a conseqüente presidência do feito, destacando-se, em especial, o disposto no art. 26, I e V, da Lei nº 8625/93:

“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - Instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes...

V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;” (grifou-se)

Ditos permissivos legais encontram perfeito albergue constitucional, conforme o disposto no art. 129, VI e IX, que viabilizam ao Ministério Público *“expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”* e *“exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”*, razão pela qual a atuação Ministerial na instauração e presidência de procedimentos investigatórios de cunho penal está pautada nos estritos termos legais e constitucionais inerentes.

4. CONCLUSÃO

Por tudo o que se expôs, resta evidenciado que a sustentação da impossibilidade de investigação direta, bem como da presidência das investigações por parte do Ministério Público traduz-se em buscar subterfúgios e meandros legais para se almejar o afastamento das apurações penais do órgão maior interessado no sucesso delas, e legítimo representante e defensor da sociedade, que tem como uma de suas finalidades precípua proteger e manter a paz social.

O insuficiente argumento de que a Carta Magna apenas permitiu ao Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial está centrado em análise cega e isolada da Constituição, focando-se apenas em um dos incisos do art. 129, sequer dando-se ao trabalho de estender um pouco mais a leitura.

Por outro lado, olvida dita argumentação preceitos basilares de direito, como o que diz ser a interpretação literal ou gramatical a mais burra e pobre de todas, pois *“embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre*

evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo" ⁹ (grifou-se), não podendo ser utilizada isoladamente e sim em conjunto com os demais métodos interpretativos, em especial o sistemático e o teleológico, através dos quais se disciplina, respectivamente, que as normas devem ser interpretadas em compatibilidade com o sistema a que pertencem, tendo em vista sua unidade, e que "as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade" ¹⁰.

⁹ LUIS ROBERTO BARROSO, in *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 120, 2ª ed.

¹⁰ Ob. cit., p. 129.

(*) ANDRÉ GUILHERME TAVARES DE FREITAS é Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.