



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 72.710/2017-AsJConst/SAJ/PGR

Ação direta de inconstitucionalidade 5.315/DF

Relator: Ministro **Roberto Barroso**
Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil
(ADEPOL-Brasil)
Interessados: Presidente do Conselho Nacional do Ministério
Público

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO 36/2009 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. PROCEDIMENTOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO CONHECIMENTO. OFENSA INDIRETA. PODER REGULAMENTAR DO CNMP. AFRONTA À LEGALIDADE E À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Não se deve conhecer ação direta de inconstitucionalidade que impugne ato expedido pelo Conselho Nacional do Ministério Público para regulamentar lei federal, pois demanda análise prévia de norma interposta. Possível ofensa à Constituição seria indireta. Precedentes.
2. Não extrapola o poder regulamentar do CNMP (art. 130-A, § 2º, I, da Constituição da República, incluído pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2014) resolução que discipline procedimentos internos de atuação de membros do Ministério Público em investigações que envolvam interceptação de comunicação telefônica.
3. Não usurpa competência privativa da União para legislar sobre direito processual resolução do CNMP que regulamente a atuação dos membros do Ministério Público, a fim de uniformizar práticas e assegurar transparência no exercício de atribuições

investigatórias relacionadas à interceptação de comunicações telefônicas.

4. Resolução do CNMP que discipline atuação de membros do Ministério Público na interceptação de comunicações telefônicas não afronta atribuições da polícia criminal (art. 144, §§ 1º, IV, e 4º, da CR), porquanto o MP possui poder investigatório direto na esfera criminal, em virtude do princípio acusatório. Precedentes.

5. Parecer por não conhecimento da ação direta e, no mérito, por improcedência do pedido.

1 RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-Brasil), em face da Resolução 36, de 6 de abril de 2009, alterada pela Resolução 51, de 9 de março de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre pedido e utilização de interceptações telefônicas, no Ministério Público, nos termos da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.

É este o teor do ato normativo:

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício da competência fixada no artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso II, da Constituição Federal e com arrimo no artigo 19 do Regimento Interno, em conformidade com a decisão plenária de 6 de abril de 2009;

CONSIDERANDO o que dispõe o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, que afirma ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo se houver ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual;

CONSIDERANDO o que dispõe a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulamenta o artigo 5º, inciso XII, parte final, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer a uniformização, a padronização e requisitos rígidos na utilização dos dados referentes às autorizações de interceptações telefônicas em todo o Ministério Público;

CONSIDERANDO a imposição do segredo de justiça e da preservação do sigilo das investigações realizadas e das informações disponibilizadas pelas autorizações, para a efetividade da prova e da instrução processual;

CONSIDERANDO que o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 59, de 9 de agosto de 2008, disciplinou a matéria aos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, sendo necessária a adequação do Ministério Público às disposições da Constituição Federal e da Lei nº 9.296/96,

RESOLVE:

Art. 1º O membro do Ministério Público, ao requerer ao juiz competente da ação principal, na investigação criminal ou na instrução processual penal, medida cautelar, de caráter sigiloso em matéria criminal, que tenha por objeto a interceptação de comunicação telefônica, de telemática ou de informática e, ao acompanhar o procedimento de interceptação feito pela autoridade policial, nos termos do artigo 6º, da Lei nº 9.296/96, deverá observar o que dispõe esta Resolução.

Art. 2º Os requerimentos de interceptação telefônica, telemática ou de informática, formulados por membro do Ministério Público em investigação criminal ou durante a instrução processual penal, deverão ser encaminhados ao Setor de Distribuição da respectiva Comarca ou Subseção Judiciária, em envelope lacrado, que deverá conter o pedido e os documentos necessários.

§ 1º Na parte exterior do envelope lacrado, deverá ser colada folha de rosto que identifique o Ministério Público como requerente, a Comarca ou Subseção Judiciária de origem e a informação de que se trata de medida cautelar sigilosa.

§ 2º Na parte exterior do envelope lacrado, é vedada a indicação do nome do requerido, da natureza da medida cautelar ou qualquer outra anotação que possa quebrar o necessário sigilo.

Art. 3º O membro do Ministério Público deverá anexar ao envelope descrito no artigo 2º, outro envelope menor, também lacrado, contendo em seu interior apenas o número e o ano do procedimento investigatório.

Art. 4º O pedido feito ao juízo competente da ação principal, por membro do Ministério Público em procedimento de investigação criminal ou na instrução do processo penal, deverá conter, no mínimo:

- I – a fundamentação do pedido e a documentação necessária;
- II – a indicação dos números dos telefones a serem interceptados, e/ou o nome do usuário, a identificação do *e-mail*, se possível, no caso de quebra de sigilo de informática e de telemática, ou, ainda, outro elemento identificador no caso de interceptação de dados;
- III – o prazo necessário da interceptação requerida;
- IV – a indicação dos titulares dos referidos números;
- V – os nomes dos membros do Ministério Público, também responsáveis pela investigação criminal, e dos servidores que terão acesso às informações.

§ 1º O membro do Ministério Público poderá, excepcionalmente, formular o pedido de interceptação verbalmente, desde que presentes os requisitos acima, que deverá ser reduzido a termo.

§ 2º O membro do Ministério Público responsável pela investigação criminal, pelo pedido durante a instrução processual penal ou pelo acompanhamento do procedimento requerido pela autoridade policial, poderá requisitar os serviços e os técnicos especializados às concessionárias de serviço público, nos termos do artigo 129, incisos VI, VIII e IX, da Constituição Federal.

§ 3º Em situações excepcionais, quando houver risco imediato à investigação, o cumprimento do disposto no inciso IV poderá se dar tão logo seja possível a obtenção da informação.

Art. 5º O membro do Ministério Público, ao formular, em razão do procedimento de investigação criminal ou na instrução do processo penal, pedido de prorrogação do prazo, deverá apresentar ao Juiz competente ou ao servidor que for indicado os áudios (CD/DVD) com o inteiro teor das comunicações interceptadas, indicando neles os trechos das conversas relevantes à apreciação do pedido de prorrogação

e o relatório circunstanciado das investigações que está a proceder, com o seu resultado.

Art. 6º O membro do Ministério Público deverá acompanhar o procedimento de interceptação telefônica feito em inquérito policial, quando, necessariamente, deverá ser cientificado, nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.296/96, devendo manifestar-se, expressamente, sobre a legalidade do pedido.

Parágrafo único. Nos inquéritos policiais, em que houver quebra de sigilo de comunicações, deferida na forma da lei, necessariamente, o membro do Ministério Público deverá manter o controle sobre o prazo para sua conclusão, devendo, esgotado o prazo legal do inquérito policial, requisitar da autoridade policial responsável a remessa imediata dos autos ao juízo competente.

Art. 7º O membro do Ministério Público ou o servidor que indicar poderá retirar os autos em carga, mediante recibo, desde que acondicionados, pelo Cartório ou Secretaria do Poder Judiciário, em envelopes duplos, onde, no envelope externo não constará nenhuma indicação do caráter sigiloso ou do teor do documento e, no envelope interno, constará a indicação do nome do destinatário, a indicação de sigilo ou segredo de justiça.

Parágrafo único. Os autos acima referidos serão devolvidos, pessoalmente, pelo membro do Ministério Público responsável pela investigação ou pelo acompanhamento da medida deferida, ou pelo servidor por ele indicado, expressamente autorizado, ao Juiz competente ou ao servidor por esta autoridade indicado, adotando-se as cautelas referidas no *caput* deste artigo.

Art. 8º No recebimento, movimentação, guarda dos autos e documentos sigilosos, quando recebidos em carga, mediante recibo, o membro do Ministério Público deverá tomar as medidas cabíveis para que o acesso aos dados atenda às cautelas necessárias à segurança das informações e ao sigilo legal.

§ 1º Havendo violação do sigilo, requisitará o Ministério Público as medidas destinadas à sua apuração, e, caso o fato tenha ocorrido no âmbito do Ministério Público, comunicará à respectiva Corregedoria-Geral e ao Procurador-Geral.

§ 2º É defeso ao membro do Ministério Público ou a qualquer servidor fornecer, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgãos de comunicação social, elementos contidos em processos ou investigações criminais, tais como gravações, transcrições e respectivas diligências, que tenham o caráter sigiloso, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente.

§ 3º É defeso ao membro do Ministério Público ou a qualquer servidor da Instituição realizar interceptações de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar o segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, sob pena de responsabilidade criminal, nos termos da legislação vigente.

Art. 9º Cumprida a medida solicitada, no prazo assinalado ou prorrogado, o membro do Ministério Público, nos procedimentos de investigação criminal que está promovendo, encaminhará ao Juiz competente para a causa o resultado da interceptação, acompanhado de relatório circunstanciado, que deverá conter o resumo das diligências e procedimentos adotados, com as medidas judiciais consequentes a este meio de prova.

§ 1º O membro do Ministério Público, nos pedidos feitos nos procedimentos de investigação criminal, durante a instrução processual penal e no acompanhamento do inquérito policial, deverá requerer ao Juiz competente a inutilização da gravação que não interessar à prova.

§ 2º O membro do Ministério Público acompanhará a instauração do incidente de inutilização da gravação que não interessar à prova.

Art. 10. O membro do Ministério Público responsável pela investigação criminal ou instrução penal comunicará, mensalmente, à Corregedoria-Geral, preferencialmente, pela via eletrônica, em caráter sigiloso, a quantidade de interceptações em andamento, bem como aquelas iniciadas e findas no período, além do número de linhas telefônicas interceptadas e de investigados que tiveram seus sigilos telefônico, telemático ou informático quebrados.

Art. 11. O membro do Ministério Público que, nos termos do artigo 6º da Lei nº 9.296/96, for cientificado do deferimento de quebra de sigilo telefônico, telemático ou infor-

mático em sede de inquérito policial, deverá exercer o controle externo da legalidade do procedimento, nos termos do artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal, e do artigo 4º, inciso VIII, da Resolução nº 20/CNMP.

§ 1º No exercício do controle externo da legalidade do procedimento, o membro do Ministério Público poderá fazer uso do poder requisitório previsto na Constituição Federal.

§ 2º O membro do Ministério Público responsável pela investigação criminal ou instrução penal deverá, no exercício do controle externo da atividade policial, adotar as providências necessárias quando constatar a omissão da autoridade policial em efetuar a comunicação de que dispõe o artigo 6º da Lei nº 9.296/96.

Art. 12. As Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos comunicarão à Corregedoria Nacional do Ministério Público, até o dia 25 do mês seguinte de referência, os dados enviados pelos membros do Ministério Público.

Parágrafo único. A Corregedoria Nacional manterá cadastro nacional, com as cautelas determinadas pelo sigilo, do número de interceptações telefônicas, telemáticas e de informática requeridas ou acompanhadas pelo Ministério Público, nos termos do que dispõe o artigo 6º da Lei nº 9.296/96.

Art. 13. A Corregedoria Nacional do Ministério Público exercerá o acompanhamento administrativo do cumprimento da presente Resolução, podendo desenvolver estudos, programas e convênios, conjuntamente, com a Corregedoria Nacional de Justiça, visando estabelecer rotinas e procedimentos inteiramente informatizados que permitam o efetivo controle da matéria.

Parágrafo único. A Corregedoria Nacional do Ministério Público, no prazo de 120 ([...]) dias, avaliará a eficácia das medidas adotadas pela presente Resolução, sugerindo ao Plenário a adoção de providências para o seu aperfeiçoamento e cumprimento.

Art. 14. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições que a contrariam.

Sustenta que, ao editar as Resoluções 36/2009 e 51/2010, o CNMP teria ultrapassado o poder regulamentar concedido pelo art. 130-A, § 2º, I, da Constituição da República. Alega que as normas ofenderiam o princípio da legalidade (CR, art. 5º, II e XII) e a competência legislativa federal para tratar de direito processual (CR, art. 22, I). Aduz inconstitucionalidade material da norma, pois o Ministério Público não teria atribuição constitucional de investigação criminal, o que caberia exclusivamente à polícia criminal (CR, art. 144, §§ 1º, IV, e 4º).

Requer distribuição, por prevenção, à ADI 4.263/DF, ajuizada contra a Resolução 36, de 6 de abril de 2009, do CNMP.

Foi adotado o rito do art. 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999 (peça 13 do processo eletrônico).

O Conselho Nacional do Ministério Público pronunciou-se por não conhecimento da ação direta, pois o exame de constitucionalidade da resolução dependeria de análise da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que dispõe sobre interceptação de comunicações telefônicas. Defendeu a legitimidade do ato normativo, que busca densificar a lei federal, na esfera de atuação do Ministério Público. A norma não regulamentaria temas relacionados a direito processual e, portanto, não entraria no campo de reserva de competência privativa da União, pois “em nenhum momento veicula regulamentação sobre atividade jurisdicional nem estabelece ritos ou fases processuais. Limita-se a indicar rotinas procedimentais e administrativas no trato de dados obtidos por meio de intercepta-

ção telefônica ou de fluxo das comunicações telemática e informática”. Destacou que o Supremo Tribunal Federal pacificou reconhecer competência investigatória criminal direta ao Ministério Público (peça 16).

A Advocacia-Geral da União manifestou-se por não conhecimento da ação, em virtude do caráter regulamentar da Resolução 36/2009. No mérito, asseverou a constitucionalidade do ato normativo e concluiu que a instituição de disciplina uniforme no Ministério Público acerca dos procedimentos de interceptação de comunicações telefônicas, telemáticas e de informática, com vistas a preservar o sigilo de investigações e informações, contribui para concretização dos princípios de moralidade, legalidade, impessoalidade e eficiência (peça 18).

É o relatório.

2 PRELIMINAR: ATO NORMATIVO SECUNDÁRIO

Não merece conhecimento esta ação direta de inconstitucionalidade.

A Resolução 36, de 6 de abril de 2009, alterada pela Resolução 51, de 9 de março de 2010, do Conselho Nacional do Ministério Público, possui natureza de ato normativo secundário. Objetiva regulamentar a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que dispõe sobre interceptação de comunicações telefônicas, a fim de organizar, coordenar e uniformizar, na esfera do Ministério Público, a utilização de dados referentes a autorizações de intercepta-

ções telefônicas, de maneira a preservar sigilo e garantir transparência na atuação do Ministério Público.

Análise de compatibilidade da Resolução 36/2009 com a Constituição da República demanda exame prévio de concordância da resolução com a Lei 9.296/1996. Por conseguinte, exame de hipotética ofensa ao texto constitucional depende de avaliação de norma interposta, o que é inadmissível em controle concentrado de constitucionalidade, consoante entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 6.004, DE 14/04/98, DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 150, § 6º; E 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE CONFLITO DIRETO COM O TEXTO CONSTITUCIONAL.

Não cabe controle abstrato de constitucionalidade por violação de norma infraconstitucional interposta, sem ocorrência de ofensa direta à Constituição Federal.

Hipótese caracterizada nos autos, em que, para aferir a validade da lei alagoana sob enfoque frente aos dispositivos da Constituição Federal, seria necessário o exame do conteúdo da Lei Complementar nº 24/75 e do Convênio 134/97, inexistindo, no caso, conflito direto com o texto constitucional.

Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.¹

Por essa razão, não se deve conhecer a ação direta.

1 Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade 2.122/AL. Relator: Ministro ILMAR GALVÃO. 4/5/2000, unânime. *Diário da Justiça*, 16 jun. 2000.

3 MÉRITO

O poder regulamentar outorgado pelo art. 130-A, § 2º, I, da Constituição da República² (incluído pela Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2014) ao Conselho Nacional do Ministério Público defere-lhe competência para, em suas atribuições constitucionais, expedir atos normativos a fim de dar concretude a essas mesmas atribuições.

A propósito do Conselho Nacional de Justiça, em considerações de todo aplicáveis ao CNMP, destaca JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO:

[...] Se a Constituição determina ao órgão constitucional o cumprimento de certos fins, implicitamente estão autorizando os meios necessários para realizá-los. Os meios são tanto materiais ou de atividade quanto normativos. É moeda corrente, como pensamento derivado de tais poderes, que se o administrador pode ordenar ou proibir no caso concreto, pode ordenar ou proibir em abstrato para situações equivalentes (FERRAZ, 1977, p. 107). O poder regulamentar estaria assim enriquecido com esses elementos, de tal sorte que decorreria da competência que possui o Conselho para declarar a invalidade de um ato, por exemplo, por violar o princípio da impessoalidade ou da moralidade, a sua atribuição normativa para disciplinar abstratamente aquilo que estará sujeito ao seu poder de invalidação.³

2 “Art. 130-A. [...]”

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; [...]”

3 SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 281.

Insera-se nas competências constitucionais do Conselho Nacional do Ministério Público a regulamentação de matérias administrativas relacionadas à atuação dos membros do MP, a fim de uniformizar práticas e assegurar transparência no exercício das atribuições constitucionais e legais.

A condição de ato normativo primário que possuem o Regimento Interno e as resoluções do Conselho Nacional de Justiça foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade 12/DF. O raciocínio aplica-se integralmente ao Conselho Nacional do Ministério Público, dado o paralelismo de sua disciplina constitucional. A ementa do julgado, ao tratar da força normativa de uma das resoluções do órgão, consignou:

[...] A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centralidade regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. [...]⁴

4 STF Plenário. Medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade 12/DF. Rel.: Min. AYRES BRITTO. 16 fev. 2006, maioria (vencido o Min. MARCO AURÉLIO). *Diário da Justiça*, seção 1, 1º set. 2006, p. 15; *Revista*

O relator da ADC, Ministro AYRES BRITTO, cuidou longamente da qualificação das resoluções do conselho como atos normativos primários. Extraem-se trechos mais significativos de seu voto (acórdão da MC/ADC, fls. 19-32):

20. Já no plano da autoqualificação do ato do CNJ como entidade jurídica primária, permito-me apenas lembrar, ainda nesta mesma passagem, que o Estado-legislador é detentor de duas caracterizadas vontades normativas: uma é primária, outra é derivada. A vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma. Por isso que imediatamente inovadora do Ordenamento Jurídico, sabido que a Constituição não é diploma normativo destinado a tal inovação, mas à própria fundação desse Ordenamento. Já a segunda tipologia de vontade estatal-normativa, vontade tão-somente secundária, ela é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar; ou seja, vontade que adota como esteio de validade um diploma jurídico já editado, este sim, com base na Constituição. Logo, vontade que não tem aquela força de inovar o Ordenamento com imediatidade.

[...]

28. Agora vem a pergunta que tenho como a de maior valia para o julgamento desta ADC: o Conselho Nacional de Justiça foi aquinhado com essa modalidade primária de competência? Mais exatamente: foi o Conselho Nacional de Justiça contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que servem de recheio fático ao inciso II do § 4º do art. 103-B da Constituição?

[...]

32. Dá-se que duas outras coordenadas interpretativas parecem reforçar esta compreensão das coisas. A primeira é esta: a Constituição, por efeito da Emenda 45/04, tratou de fixar

trimestral de jurisprudência, vol. 199(2), p. 427. Disponível em: < <http://migre.me/c4p7J> > ou < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910> >; acesso em 28 mar. 2017.

o regime jurídico de três conselhos judiciários: a) o Conselho da Justiça Federal (inciso II do parágrafo único do art. 105); b) o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (inciso II do § 2º do art. 111-A); e c) o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B). Ao cuidar dos dois primeiros Conselhos, ela, Constituição, falou expressamente que as respectivas competências – todas elas, enfatize-se – seriam exercidas “na forma da lei”. Esse inequívoco fraseado “na forma da lei” a anteceder, portanto, o rol das competências de cada qual das duas instâncias. Ora, assim não aconteceu com o tratamento normativo dispensado ao Conselho Nacional de Justiça. Aqui, a Magna Carta inventariou as competências que houve por bem deferir ao CNJ, quedando silente quanto a um tipo de atuação necessariamente precedida de lei.

33. O segundo reforço argumentativo está na interpretação panorâmica ou sistemática ou imbricada que se possa fazer dos dispositivos que se integram na composição vernacular de todo o art. 103-B da Constituição. É que tais dispositivos são tão ciosos da importância do CNJ em ambos os planos da composição e do funcionamento; tão logicamente concatenados para fazer do Conselho um órgão de planejamento estratégico do Poder Judiciário, assim no campo orçamentário como no da celeridade, transparência, segurança, democratização e aparelhamento tecnológico da função jurisdicional do Estado; tão explicitamente assumidos como estrutura normativa de contínua densificação dos estelares princípios do art. 37 da Lei Republicana; tão claramente regradados para tornar o CNJ uma genuína instância do Poder Judiciário, e não uma instituição estranha a esse Poder elementar do Estado, enfim, que negar a esse Conselho o poder de aplicar imediatamente a Constituição-cidadã, tanto em concreto como em abstrato, seria concluir que a Emenda 45 homiziou o novo órgão numa fortaleza de paredes intransponíveis, porém fechada, afinal, com a mais larga porta de papelão. Metáfora de que muito se valia o gênio ético-libertário de Geraldo Ataliba para ensinar como não se deve interpretar o Direito, notadamente o de estirpe constitucional.

Ao também reconhecer a validade da resolução atacada naquela ADC, em raciocínio totalmente aplicável a esta discussão, o

Min. EROS GRAU lembrou que “[...] é a própria Constituição, no inciso I do § 4º do seu artigo 103-B, que atribui ao Conselho Nacional de Justiça o exercício da função normativa regulamentar” (*idem*, fl. 49). O Min. CEZAR PELUSO, também a esse respeito, ponderou (fl. 56):

Retiro ainda do artigo 103, “b”, § 4º, inc. I [da Constituição], o poder jurídico, agora explícito, do Conselho, de expedir atos regulamentares, que não me parecem restritos à hipótese inicial do inc. I. Esse poder de expedir atos regulamentares diz respeito a todas as atribuições outorgadas ao Conselho e que dependem, para sua execução efetiva, dessa regulamentação prevista no § 4º, inc. I.

A capacidade normativa do CNJ com base na teoria dos poderes implícitos (*implied powers* ou *inherent powers*) foi igualmente reconhecida, de maneira expressa, pelo STF, nesse julgado.

O tema da capacidade de o CNJ produzir atos normativos com força primária de regulamentar a Constituição e a incidência do princípio da legalidade foram largamente enfrentados pelo STF naquele julgamento. O Min. GILMAR MENDES sustentou, a certa altura (*idem*, fl. 71):

A idéia da submissão da Administração [Pública] à lei é, hoje, quase óbvia. No entanto, como ensina GARCÍA DE ENTERRÍA, é preciso ter cuidado para não entender como lei apenas a lei em sentido formal. O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que [MAURICE] HAURIUO chamava de “bloco de legalidade”.

Portanto, quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, por “lei” deve-se en-

tender o conjunto do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecido [*sic*] na própria Constituição e nas normas dela derivadas.

Ao editar a Resolução 36/2009, exercendo de forma legítima o poder normativo que resulta da ordem constitucional, o CNMP objetivou regulamentar o desempenho das atividades ministeriais pertinentes à interceptação de comunicações telefônicas, com fundamento na Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que admite requerimento de interceptação (art. 3º, II) e acompanhamento dos procedimentos (art. 6º), pelo representante do Ministério Público.

Em linhas gerais, a Resolução 36/2009 versa sobre o requerimento de interceptação telefônica pelo Ministério Público ao Judiciário, fixa rotina administrativa para essa atribuição, dispõe sobre envelopamento dos pedidos e o pleito de prorrogação da medida. Refere-se ao sigilo do procedimento e dos dados obtidos, disciplina o envio de dados estatísticos às corregedorias-gerais do Ministério Público e à Corregedoria Nacional do MP. Trata do controle externo da atividade policial quanto à legalidade de interceptações telefônicas propostas por autoridade policial e confere à Corregedoria Nacional do Ministério Público competência para acompanhar o cumprimento do ato regulamentar.

A resolução atende às limitações constitucionais do poder regulamentar do CNMP, definidas por STRECK, SARLET E CLÈVE, nos seguintes termos:

Os Conselhos enfrentam, pois, duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito à impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui, a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional. Em outras palavras, não se concebe – e é nesse sentido a lição do direito alemão – regulamentos de substituição de leis (*gesetzvertretende Rechtsverordnungen*) e nem regulamentos de alteração das leis (*gesetzändernde Rechtsverordnungen*). É neste sentido que se fala, com razão, de uma evolução do princípio da reserva legal para o de reserva parlamentar.⁵

O CNMP não extrapolou o poder regulamentar concedido pela Constituição, porquanto a resolução se cinge ao disciplinamento administrativo da atuação ministerial em procedimentos de interceptação telefônica. Regulamenta situações concretas decorrentes do exercício das atribuições constitucionais do Ministério Público, sem restringir direitos fundamentais, sem criar obrigações aos administrados nem exceder o tratamento legal da Lei 9.296/1996.

5 STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Disponível em: < <http://migre.me/wkwS8> > ou < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15653-15654-1-PB.pdf> >. Acesso em: 28 mar. 2017.

Por essa razão, tampouco se vislumbra interferência em matéria processual e na atividade jurisdicional nem usurpação de competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

O Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução 59, de 9 de agosto de 2008, com intuito semelhante, de disciplinar e uniformizar rotinas administrativas relacionadas ao procedimento de interceptação de comunicações telefônicas, no Judiciário.

Segundo a requerente, o ato regulamentar também importaria em ofensa ao art. 144, §§ 1º, IV, e 4º, da Constituição, pois a atuação do Ministério Público em procedimentos investigatórios afrontaria atribuições da polícia judiciária.

Participação de membros do Ministério Público em procedimentos de interceptação telefônica está em consonância com o sistema processual penal brasileiro, que tem como pilares os incisos I, VI, VII e VIII do art. 129 da Constituição da República:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]

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; [...].

Na exegese do art. 129, I, VI, VII e VIII, de inspiração garantista, duas advertências iniciais são necessárias.⁶

Na exegese desses dispositivos, de inspiração garantista, algumas advertências iniciais são necessárias. Primeiro, a feita por LUIGI FERRAJOLI, em seu *Direito e razão*, obra usualmente tida como uma das mais relevantes para compreensão do chamado garantismo: em todos os setores dos ordenamentos jurídicos complexos, existe tensão derivada das antinomias entre princípios de nível normativo superior e normas e práticas de nível inferior. Princípios são marcados por certo déficit de efetividade, enquanto normas, por correspondente grau de invalidez ou ilegitimidade.⁷ Mesmo em face do sistema constitucional de atribuição ao Ministério Público de plena titularidade da persecução penal no Brasil, remanescem normas inferiores, notadamente no Código de Processo Penal, práticas e, sobretudo, cultura jurídica que atribuem à polícia criminal funções em muito desbordantes de sua missão precípua, que é a de investigar infrações penais, na fase pré-processual, destinada, em regra, unicamente a subsidiar a atuação do Ministério Público.

Em segundo lugar, de modo intimamente ligado à primeira advertência, vale lembrar o postulado que J. J. GOMES CANOTILHO invoca, de que normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, não o inverso (interpretação da constituição

6 Diversas considerações deste parecer utilizaram subsídios de SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 157-177.

7 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995, p. 27 (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

conforme as leis – *gesetzkonforme Verfassungsinterpretation*).⁸ O verdadeiro autor da ideia, WALTER LEISNER, fala de “interpretação da Constituição segundo a lei”.⁹ O intérprete e aplicador do direito deve fazer as leis e demais normas infraconstitucionais adaptarem-se ao ordenamento constitucional, não este àquelas, a fim de não conferir à constituição caráter demasiadamente aberto, a ser preenchido a seu talante pelo legislador ordinário, e de não se chegar a interpretações constitucionais inconstitucionais.¹⁰ Isso é sobretudo verdadeiro para leis anteriores à ordem vigente (direito pré-constitucional), como o CPP. Normas processuais penais de nível legal é que devem ser examinadas quanto à sua compatibilidade com os preceitos constitucionais, notadamente em relação à eficácia do binômio princípio acusatório–titularidade do Ministério Público da persecução penal.¹¹

Em consequência desses dispositivos constitucionais e do princípio acusatório dele decorrente (ainda que o Brasil não tenha adotado sistema acusatório puro, segundo a compreensão majoritária), compete ao Ministério Público dirigir a investigação

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.106.

9 LEISNER, Walter. “Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung”, inicialmente publicado no *Juristenzeitung* de 1964, p. 201-205, agora reproduzido in: _____. *Staat: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957-1991*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 276-289 (p. 281).

10 CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, obra citada na nota 8, p. 1.106.

11 DIAULAS COSTA RIBEIRO, não sem razão, critica a doutrina e a jurisprudência brasileiras que amiúde interpretam a ordem constitucional de 1988 à luz de parâmetros antigos e diz que ela “sofre de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 259).

criminal, no sentido de definir quais provas considera relevantes para promover a ação penal, com oferecimento de denúncia ou promoção de arquivamento. Isso, claro, não exclui o importante trabalho da polícia criminal nem implica atribuir ao MP a chamada “presidência” do inquérito policial, quando esse procedimento for necessário. Vale lembrar que, no plano do direito legislado infraconstitucional, pelo menos desde o Código de Processo Penal de 1941, o inquérito policial nunca foi indispensável para o Ministério Público promover ação penal, segundo prevê seu art. 39, § 5º,¹² o que foi igualmente reconhecido pela Suprema Corte no inquérito 1.957.¹³

Todavia, parece indiscutível que a investigação deva ser feita em harmonia com as linhas de pensamento, de elucidação e de estratégia definidas pelo Ministério Público, pois é a este que tocará propor a ação penal, se couber, e acompanhar todas as vicissitudes dela, até final julgamento,¹⁴ sem embargo de que a investigação deva fazer-se, tanto quanto possível, em harmonia com a polícia criminal, porquanto ambos os órgãos têm em comum destinarem-se à prevenção e à repressão da criminalidade.

Como diz MARCELLUS POLASTRI LIMA, sendo titular da ação penal pública, o órgão ministerial é o primeiro interessado no bom

12 “§ 5º. O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.”

13 STF. Plenário. Inquérito 1.957/PR. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. 11/5/2005, maioria. *DJ*, 11 maio 2005.

14 Nesse sentido, por exemplo, LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 138; STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, *passim*.

andamento das investigações.¹⁵ Titularidade da acusação implica atribuição do ônus da imputação (*nullum crimen, nulla culpa sine accusatione*) e do ônus probatório (*carga probandi*) ao Ministério Público, um dos elementos essenciais do sistema acusatório, como pondera FERRAJOLI.¹⁶ Por conseguinte, é lógica e teleologicamente inevitável que a direção da investigação caiba a quem tem esse ônus, pois é seu interesse a prova da acusação.

Julgado do Pleno do STF, relatado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, corretamente assentou que o Ministério Público é o árbitro exclusivo, no curso do inquérito, da base empírica necessária ao oferecimento da denúncia.¹⁷ Por isso lhe cabe direcionar as investigações a serem realizadas no inquérito, já que ele será o órgão ao qual caberá, se for o caso e de acordo com seu exclusivo critério, ofertar imputação ao juiz. Em outro precedente do STF, o Ministro RAFAEL MAYER notou: “é pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação da função policial, ou venha a ser impedimento a que ofereça a denúncia”.¹⁸

No julgamento de medida cautelar na ADI 5.104/DF, cujo objeto consiste na Resolução 23.396, de 17 de dezembro de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral, o Min. ROBERTO BARROSO observou que “[a] titularidade da ação penal de iniciativa pública é do Ministério

15 LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 28.

16 FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. na nota 7, p. 564.

17 STF. Plenário. Questão de ordem no Inq 1.604/AL. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 13/11/2002, un. DJ, seção 1, 13 dez. 2002, p. 60.

18 STF. Primeira Turma. Recurso em *habeas corpus* 61.110/RJ. Rel.: Min. RAFAEL MAYER, 5/8/1983, un. DJ, 26 ago. 1983, p. 12.714.

Público, o que pressupõe a prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular um juízo próprio acerca da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia. A independência da Instituição ficaria significativamente esvaziada caso o desenvolvimento das apurações dependesse de uma anuência judicial”.¹⁹

Também pela titularidade da persecução penal e pela missão constitucional de dirigi-la, pode o Ministério Público requisitar diligências preliminares em inquérito policial para, uma vez concluídas, decidir pela denúncia ou pelo prosseguimento da investigação.²⁰ Veja-se julgado desse Supremo Tribunal, a respeito da função do Ministério Público na investigação criminal:

HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO DA SUPOSTA PARTICIPAÇÃO DE SARGENTO DE POLÍCIA NA PRÁTICA DE ILÍCITOS. ARQUIVAMENTO, PELO JUÍZO, SEM EXPRESSO REQUERIMENTO MINISTERIAL PÚBLICO. REABERTURA DO FEITO. POSSIBILIDADE. [...]

1. O inquérito policial é procedimento de investigação que se destina a apetrechar o Ministério Público (que é o titular da ação penal) de elementos que lhe permitam exercer de modo eficiente o poder de formalizar denúncia. Sendo que ele, MP, pode até mesmo prescindir da prévia abertura de inquérito policial para a propositura da ação penal, se já dispuser de informações suficientes para esse mister de deflagrar o processo-crime.

2. É por esse motivo que incumbe exclusivamente ao *Parquet* avaliar se os elementos de informação de que dispõe são ou não suficientes para a apresentação da denúncia, entendida esta como ato-condição de uma bem caracterizada ação penal. Pelo que nenhum inquérito é de ser arquivado sem o expresso requerimento ministerial público. [...]

5. Ordem denegada.²¹

19 STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 5.104. Rel. Min.: ROBERTO BARROSO. 21/5/2014, maioria. *DJe* 213, 29 out. 2014.

20 STF. Segunda Turma. RHC 58.849/SC. Rel.: Min. MOREIRA ALVES, 12/5/1981, un. *DJ*, 22 jun. 1981, p. 6.064; *RTJ*, v. 103, n. 3, p. 979.

Em todos esses julgamentos, portanto, o órgão de cúpula do Judiciário reafirmou a posição do Ministério Público como parte e protagonista da persecução penal,²² analogamente ao que se passa na generalidade dos países. A propósito, diz o voto do Min. CELSO DE MELLO:

[...] o inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto *dominus litis* – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.²³

Como anota MARCELLUS POLASTRI LIMA, inquérito policial é procedimento escrito e inquisitivo, com o fim de apurar a existência da infração penal e sua autoria, e é destinado ao Ministério Público, como titular privativo da ação penal pública, ou, nos casos excepcionais em que cabe ação penal privada, ao ofendido.²⁴ A parte na relação processual penal encarregada de provocar a perse-

21 STF. 1ª Turma. HC 88.589/GO. Rel.: Min. CARLOS BRITTO. 28/11/2006, un. DJ 1, 23 mar. 2007, p. 107.

22 Como se sabe, o Ministério Público atua como parte especial, pois, diferentemente das partes privadas, seu compromisso precípua é com a defesa da ordem jurídica (CR, art. 127, *caput*), de modo que pode – e costuma fazê-lo quotidianamente – postular contra a acusação, como quando pede absolvição ou declaração de extinção da punibilidade, bem assim recorrer ou impetrar *habeas corpus* em favor do réu. Está ultrapassada a figura do membro do Ministério Público como “acusador sistemático”, na esfera criminal.

23 STF. 1ª Turma. HC 73.271-SP. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 19/3/1996, un. DJ 1, 4 out. 1996, p. 37100. Na mesma linha, apontando o Ministério Público como único destinatário da investigação criminal (ao lado, excepcionalmente, do ofendido, nos casos de ação penal privada): CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 62.

24 LIMA, *Ministério Público*, ob. cit. na nota 15, p. 53-54.

cução é o Ministério Público e nenhuma outra. Relembrem-se precisas ponderações de HÉLIO TORNAGHI:

O Ministério Público é parte como órgão (e não representante) do Estado. O aspecto ritual do processo a tanto leva porque, além de o Ministério Público ser fiscal da aplicação da lei, ele exerce a função de acusar. Essa última é sua atribuição precípua, uma vez que o processo está organizado de forma contraditória. Pode acontecer que durante o processo o Ministério Público se convença da inocência do acusado e peça para ele a absolvição. Mas o contraste inicial, nascido com a denúncia, permanece, uma vez que a lei não dispensa o juiz de apurar a verdade acerca da acusação e de condenar se entender que o réu é culpado.

Como fiscal da aplicação da lei, entretanto, o Ministério Público deve agir imparcialmente e reclamar inclusive o que puder ser favorável ao réu...

Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar e o seu caráter de parte. Imparcial ele deve ser apenas na fiscalização, na vigilância, no zelo da lei.

É fato que a dualidade de funções do Ministério Público faz dele uma parte *sui generis*, parte pública, parte a que se cometem também funções que não são de parte, mas sem lhe tirar esse caráter.²⁵

Nesse contexto, conforme ressalta a petição inicial, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, com fundamento na teoria dos poderes implícitos, reconhece legitimidade jurídica plena da atividade investigatória direta realizada pelo Ministério Público, que decorre naturalmente do complexo de atribuições outorgado pela Constituição da República ao titular da persecução penal:

HABEAS CORPUS — CRIME DE PECULATO ATRIBUÍDO A CONTROLADORES DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS,

25 TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 171-172.

DENUNCIADOS NA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOTADAMENTE PORQUE OCORRIDA, NO CASO, SUPOSTA LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO *PARQUET* – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS – CASO *McCULLOCH V. MARYLAND* (1819) – MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, *V.G.*) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. – O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a *informatio delicti*. Precedentes. – A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. – A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição pri-

vativa da autoridade policial. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. – Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente *persecutio criminis in iudicio*, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA. – A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. – Incumbe, à Polícia Civil dos estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e executada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. – Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. – O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis* e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal desti-

nados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes: RE 535.478/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 89.837/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo *parquet*, o poder de investigação penal. – O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intraorgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, *v.g.*). – O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o *Parquet*, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu advogado. – O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido for-

malmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.²⁶

A Constituição da República conferiu relevantes atribuições ao Ministério Público, como a promoção privativa da ação penal pública, requisição de diligências investigatórias e controle externo da atividade policial, voltadas à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Dessa maneira, os meios necessários para realizar essas atribuições são garantidos implicitamente pela Constituição, como é o caso da investigação criminal direta. Não faz sentido que justamente o órgão constitucionalmente encarregado de ajuizar a ação penal de iniciativa pública se veja proibido de ele próprio colher provas para formar sua convicção – prerrogativa que qualquer pessoa e qualquer órgão público possui, para as ações em que detenha legitimidade ativa, desde que o faça obedecendo à lei. Veja-se, a propósito, a análise de ALEXANDRE DE MORAES acerca da aplicação da teoria dos poderes implícitos à hipótese:

Ao erigir o Ministério Público como garantidor e fiscalizador da separação de poderes e, conseqüentemente, dos mecanismos de controles estatais (CF, art. 129, II), o legislador constituinte conferiu à instituição função de resguardo ao *status* constitucional do cidadão armando-o de funções, garantias e prerrogativas que possibilitassem o exercício daquelas e a defesa destes.

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão

26 STF, 2ª T. HC 94.173/BA. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 27/10/2009, un. DJe 223, 26 nov. 2009.

executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (MYERS *v.* ESTADOS UNIDOS – US 272 – 52, 118), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas a proibições e limites estruturais da Constituição Federal.

Entre essas competências implícitas, parece-nos que não poderia ser afastado o poder investigatório criminal dos promotores e procuradores, para que, em casos que entenderem necessário, produzam as provas necessárias para combater, principalmente, a criminalidade organizada e a corrupção, não nos parecendo razoável o engessamento do órgão titular da ação penal, que, contrariamente ao histórico da instituição, teria cerceado seus poderes implícitos essenciais para o exercício de suas funções constitucionais expressas.

Não reconhecer ao Ministério Público seus poderes investigatórios criminais implícitos corresponde a diminuir a efetividade de sua atuação em defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos, cuja atuação autônoma, conforme já reconheceu nosso Supremo Tribunal Federal, configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos poderes à lei.

[...]

O que não se pode permitir é, sob falsos pretextos, o afastamento da independência funcional do Ministério Público e a diminuição de suas funções – expressas ou implícitas –, sob pena de grave perigo de retrocesso no combate ao crime organizado e na fiscalização à corrupção na administração pública, pois esse retorno à impunidade, como sempre alertado por NORBERTO BOBBIO, gera ineficiência e o descrédito na Democracia.²⁷

O art. 144, § 4º, da Constituição da República jamais conferiu às polícias exclusividade na função de apurar infrações penais.²⁸

27 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1651.

28 “Art. 144. [...] § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polí-

Em uma das melhores obras sobre a investigação criminal realizada pelo Ministério Público, BRUNO CALABRICH esmiúça a inexistência de monopólio das polícias nessa modalidade de investigação e esclarece o verdadeiro sentido da expressão “polícia judiciária”, de que se vale a Constituição, como sendo “todas as funções referentes ao apoio material e humano necessário para a prática de determinados atos ou para o cumprimento de decisões judiciais”.²⁹

A esse respeito e na mesma linha, MARCELLUS POLASTRI esclarece:

Destarte, a Constituição Federal não dá às polícias civis dos Estados-membros a exclusividade de apuração das infrações penais, e nem mesmo das atividades de polícia judiciária, pois o que faz é dizer que incumbem à polícia civil as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, mas sem o caráter de privatividade.³⁰

Por sinal, a aprovação de “leis policiais” foi expressamente apontada por FERRAJOLI como movimentos de grande risco para as garantias do cidadão.³¹ Autonomia do Ministério Público é requi-

cia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

29 CALABRICH, *Investigação criminal pelo Ministério Público*, ob. cit. na nota 23, p. 97.

30 LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: 2012, p. 71.

31 FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. na nota 7, p. 11. Nesse prólogo, como ameaças aos direitos do cidadão, ele se refere ao “desplazamiento de la acusación pública fuera del orden judicial, a la órbita del poder político”, e, depois, “en lo relativo al estatuto del ministerio público, la referencia ha de ser también a la experiencia de todos aquellos países europeos en los que la acusación pública depende más o menos directamente del ejecutivo”, e à “influencia de leyes policiales experimentadas desde hace ya tiempo en Italia”. E conclui: “Así, pues, parece que España e Italia tiendan a copiar recíprocamente los peores aspectos de sus respectivas legislaciones”.

sito para existir verdadeiro garantismo, como expressão do devido processo legal substantivo e do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Fortalecer a supervisão do trabalho policial por parte do Ministério Público e, em termos amplos, o controle externo da atividade policial robustece a lógica de concepção garantista do sistema processual penal. FERRAJOLI enfatiza que modelo penal garantista equivale a sistema de redução do poder e de ampliação do saber judicial, porquanto condiciona a validade de suas decisões à verdade, empírica e logicamente controlável, de suas motivações³² – tudo isso, claro, no seio de processo dominado pelo princípio acusatório e com plena garantia dos direitos individuais.

BRUNO CALABRICH aponta com razão o equívoco de entender que apenas a polícia seria constitucionalmente autorizada a conduzir investigações criminais. Depois de destacar os mais diferentes órgãos e entes encarregados de apurar ilícitos, pondera:

A dúvida, na verdade, é calcada numa falsa premissa: a de que uma investigação tem por objeto sempre um *ilícito penal*, e não um *fato*.

Uma investigação, qualquer que seja ela, tem por escopo o esclarecimento de *fatos*. Os fatos apurados podem ou não caracterizar um ilícito penal – ou civil, ou administrativo, ou tributário, ou político etc. –, precisamente porque, ontologicamente, não há distinção entre as diversas espécies de ilícito. [...]³³

32 FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. na nota 7, p. 22.

33 CALABRICH, *Investigação criminal pelo Ministério Público*, ob. cit. na nota 23, p. 105.

Por fim, não se pode esquecer que, recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o recurso extraordinário 593.727/MG, com repercussão geral, precisamente a respeito da possibilidade de o Ministério Público desenvolver diretamente investigações criminais. Este é o resumo do julgamento:

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público.

2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adia-mento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria.

3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do *Parquet* estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria.

4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de com-

petência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria.

5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria.³⁴

Não há, desse modo, inconstitucionalidade na regulamentação pelo CNMP da atuação de membros do Ministério Público em procedimentos de interceptação telefônica, porquanto o sistema processual penal delineado pela Constituição da República reconhece o poder investigatório do MP, e a resolução se limita a disciplinar aspectos procedimentais internos dessa modalidade de diligência.

34 STF, Plenário. RE 593.727/MG. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. Redator para acórdão: Min. GILMAR MENDES. 14/5/2015, maioria. *DJe* 175, 4 set. 2015.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, o parecer é pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, por improcedência do pedido.

Brasília (DF), 31 de março de 2017.

José Bonifácio Borges de Andrada
Procurador-Geral da República em exercício

JBBA/WCS/CCC-Par.PGR/WS/2.329/2017