

## V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Questiona-se a constitucionalidade da expressão “ou criminal” inserida no artigo 35, inciso XII, da Lei Complementar nº 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro. Eis o teor do dispositivo atacado:

Art. 35. No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público:

[...]

XII – representar ao órgão jurisdicional competente para quebra de sigilo, nas hipóteses em que a ordem judicial seja exigida pela Constituição da República, sempre que tal se fizer necessário à instrução de inquérito policial, à investigação cível **ou criminal** realizada pelo Ministério Público, bem como à instrução processual;

Cumpra definir se o Ministério Público possui legitimidade para, por meios próprios, investigar condutas criminosas, ou seja, deve-se elucidar as balizas concernentes à atuação do Órgão na persecução penal. O tema é de grande relevância jurídica. Com a promulgação da Constituição de 1988, as atribuições do Ministério Público foram superdimensionadas, sendo preciso harmonizá-las com as funções das demais instituições da República.

A análise das premissas constitucionais revela a impropriedade de atribuir-se ao Ministério Público poderes para condução de investigação criminal, consoante assentei, na corrente minoritária, no exame do recurso extraordinário nº 593.727, Pleno, acórdão publicado em 4 de setembro de 2015, cujos fundamentos ora retomo.

Inicialmente, vale consignar que a Carta, ao estabelecer competências, visa assegurar o equilíbrio entre órgãos públicos, o qual funciona como garantia para o cidadão. A concentração de poder é prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, razão por que interpretação ampliadora de poderes deve ser feita com reservas, sob pena de ruptura da harmonia prevista pelo Constituinte.

Os preceitos que tratam das funções e atribuições do Ministério Público – artigos 127 a 129 da Constituição Federal – são bem claros. Nenhum deles leva a concluir estar autorizada a investigação criminal, ao contrário. Ao estabelecer, no inciso VII do artigo 129, o exercício do controle externo da atividade policial e, no inciso seguinte, o poder de requisitar diligências

investigatórias e instauração de inquérito policial, o Constituinte revelou a opção de não permitir que o Órgão proceda à investigação criminal, e sim zeze pela lisura das atividades policiais e cuide para que a apuração possa ser finalizada de forma a viabilizar futura ação penal.

O alcance constitucional fica evidenciado quando se comparam as normas relativas ao inquérito civil e as alusivas à investigação criminal. No tocante ao primeiro, a expressão “promover o inquérito civil”, constante no artigo 129, inciso III, não deixa margem a questionamento sobre os poderes que o Ministério Público possui. A mesma clareza se verifica quanto à investigação criminal, nos incisos VII e VIII do mesmo artigo, mas em sentido diametralmente oposto. Transcrevo os dispositivos mencionados:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

[...]

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;

[...]

Essa distinção entre os inquéritos deu-se pelo cuidado em conferir maiores garantias a bens jurídicos caros à sociedade. A investigação criminal é muito mais tormentosa para o investigado do que a civil, pois coloca em risco a liberdade. Assim, na Constituição, acabou-se por dividir atribuições entre dois órgãos, objetivando que o destinatário das atividades preparatórias pudesse, com isenção, avaliar o trabalho desenvolvido. A postergação do controle para fase judicial, caso o Ministério Público investigasse, implicaria descompasso com os ditames constitucionais voltados a garantir um controle obrigatório antes da fase judicial, isso para não prolongar eventual sofrimento decorrente de apuração criminal infundada. Legitimar a investigação por parte do titular da ação penal é inverter a ordem natural dos papéis: o responsável pelo controle não pode exercer a atividade controlada.

O desenho constitucional relativo ao Ministério Público, na seara penal, pauta-se na atividade de controle externo da polícia, ou seja, deve velar

pelas garantias constitucionais no estágio inquisitivo. Na fase processual, tem a função de parte, de titular da ação penal. Nem mesmo quando funciona em tal papel a Constituição retira-lhe a qualidade de fiscal da lei. Atribuir-lhe novos poderes significa desvirtuamento sem amparo na Lei Maior.

Observem o preceito da Constituição que versa incumbir às polícias judiciárias, de forma exclusiva, realizar investigações criminais:

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:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 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.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 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.

[...]

Conforme se percebe, o inciso IV do § 1º previu a exclusividade da Polícia Federal para exercer as funções de polícia judiciária da União. Há quem entenda que isso sirva não para afastar a atuação do Ministério Público nesse campo, mas para retirar a atribuição das Polícias Rodoviária Federal e Ferroviária Federal. Descabe interpretação nesse sentido, porquanto as atribuições das duas últimas, nitidamente polícias ostensivas, estão discriminadas nos parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo.

A Constituição Federal e as normas de um modo geral devem ser interpretadas com base nas regras de hermenêutica. Uma das mais mezinhas é a que preceitua não haver palavras desnecessárias nem inúteis nos textos normativos. Como, então, desconsiderar a exclusividade prevista no Diploma Maior para a atividade de investigação criminal pela polícia judiciária? A análise dos artigos mencionados evidencia a opção constitucional em não conferir ao Ministério Público o poder de apuração penal. Essa escolha, repita-se, decorreu da necessidade de equilibrar os órgãos voltados à persecução penal, evitando a concentração de poder nas mãos de apenas um, sempre tendo em vista afastar, ao máximo, afrontas às liberdades individuais que possam surgir devido a investigação criminal.

A evocação do axioma jurídico “quem pode o mais pode o menos” estaria correta caso envolvida interpretação de normas de Direito privado. Nessa seara, aquele que possui autorização para fazer o mais pode fazer o menos, pois, para os particulares, vale o princípio da legalidade ampla, ou seja, tudo que não estiver proibido está permitido. No Direito público, incide o princípio da legalidade estrita. Os órgãos só podem proceder em conformidade com o que está expressamente autorizado. A simples ausência de previsão conduz à vedação.

Descabe a aplicação da teoria dos poderes implícitos, porquanto a medida pressupõe vácuo normativo. Somente se a Constituição Federal não houvesse disciplinado a investigação criminal seria possível, com a finalidade de suprir a omissão do constituinte, a observância dessa teoria. Reafirmo: os preceitos constitucionais não só atribuíram a atividade a outro órgão – polícias judiciárias (federal e civil) – como a versaram com a explicitação de ser exclusiva.

Repita-se: o fato de estar impossibilitado de investigar de forma autônoma não conduz ao desconhecimento do que for apurado. O Ministério Público, como destinatário das investigações, deve acompanhar o desenrolar dos inquéritos policiais, requisitando diligências, acessando os boletins de ocorrência e exercendo o controle externo, a fiscalização. O que se mostra inconcebível é membro do Órgão colocar estrela no peito, armar-se e investigar. Sendo o titular da ação penal, terá a tendência de utilizar apenas as provas que lhe servem, desprezando as demais e, por óbvio, prejudicando o contraditório e inobservando o princípio da paridade de armas. A função constitucional de titular da ação penal e fiscal da lei não se compatibiliza com a figura do promotor inquisitor.

Ante o quadro, julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão “ou criminal” contida no artigo 35, inciso XII, da Lei Complementar nº 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/06/2020 00:00