

VOTO-VOGAL

O Senhor Ministro Edson Fachin: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

No mérito, peço vênua a Sua Excelência para adotar compreensão divergente.

Registro, inicialmente, que a presente ação direta que objetiva a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro n. 103, de 3 de janeiro de 2003, foi interposta pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis. O tema de fundo é o debate sobre a compatibilidade da previsão legal que autoriza o Ministério Público à proceder diretamente às investigações criminais.

O dispositivo tem o seguinte teor:

“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;”

O ponto central do argumento trazido pela inicial é o de que as normas impugnadas outorgariam ao Ministério Público poder de instrução penal incompatível com suas atribuições. Sustenta-se, nesse sentido, que as normas impugnadas violam o disposto nos artigos 2º, 5º, II, LIII e LIV; 22, I; 24, IX; 129, I, II, VI, VII, VIII; e 144, § 1º, I, II, IV e § 4º da CRFB. Os parâmetros invocados têm o seguinte teor:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XI - procedimentos em matéria processual;

(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

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

(...)

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;

(...)

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

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

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

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

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

Em relevante decisão proferida em sede de repercussão geral, esta Corte fixou a interpretação desses dispositivos no que tange à atividade do membro do Ministério Público no âmbito dos processos penais preparatórios. O precedente assentou que:

“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”.

(RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015).

A tese de julgamento, por sua vez, teve o seguinte teor:

“O Ministério Público dispõe de competência 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”.

O precedente reconheceu, em síntese, que: (i) não há uma espécie de “monopólio” da polícia para a atividade investigatória; (ii) a previsão normativa ampara-se nos poderes implícitos de que deve dispor o *parquet* para realizar investigações penais; e (iii) embora seja parte, a atuação do

Ministério Público não coloca em risco o devido processo legal, desde que resguarda a prerrogativa dos advogados e a reserva de jurisdição. Quer por razões de segurança jurídica, quer porque fixado em repercussão geral, é à luz desse precedente que se deve examinar a presente ação direta.

Acolhendo-o, no sentido de se afastar a alegação de inconstitucionalidade das investigações preliminares realizadas pelo Ministério Público, é preciso, por meio de um esforço interpretativo, explicitar suas premissas e conclusões, a fim de também julgar improcedente o pedido eventual de interpretação conforme. Dessa forma, o ponto do precedente firmado em repercussão geral que está a merecer desenvolvimento refere-se às objeções de que a investigação preliminar conduzida pelo Ministério Público pode violar direitos fundamentais.

Antes de examinar esse ponto de forma mais detida, é preciso assentar, inicialmente, que as duas primeiras conclusões a que chegou esta Corte encontram respaldo na jurisprudência consolidada do Tribunal.

Em relação à possibilidade de outros órgãos realizarem a investigação penal, o Min. Gilmar Mendes, redator para o acórdão da repercussão geral, afirmou em seu voto o seguinte:

“Importante mais uma vez advertir que a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária. O próprio constituinte originário, ao delimitar o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), pareceu encampar esse entendimento.

Raciocínio diverso – exclusividade das investigações efetuadas por organismos policiais – levaria à conclusão absurda de que também outras instituições, e não somente o Ministério Público, estariam impossibilitadas de exercer atos investigatórios, o que é de todo inconcebível.”

A e. Ministra Rosa Weber, por sua vez, acrescentou que:

“O argumento de que haveria uma espécie de “monopólio” das autoridades policiais para a realização de atos de investigação não é, *data venia*, convincente.

Com bastante frequência, ações penais são propostas pelos crimes mais variados com base em provas colhidas em investigações efetuadas por outros órgãos públicos.

Assim, na prática forense, são comuns ações penais por crimes tributários propostas com base em investigações da Receita Federal,

por crimes financeiros, com base em investigações do Banco Central, por crimes contra a Administração Pública, com base em investigações realizadas pela Controladoria-Geral da União, pelo Tribunal de Contas da União ou ainda com base em apurações levadas a efeito em processos administrativos disciplinares promovidos por corregedorias administrativas ou comissões de sindicância.

Ações penais podem ser ajuizadas ainda com fulcro em elementos probatórios colhidos em investigações realizadas por particulares, o que é muito comum, aliás, em ações penais de iniciativa privada.

Agregue-se que a ação penal pode ser proposta independentemente de prévio inquérito policial, conforme o magistério doutrinário e jurisprudencial pacíficos, forte na interpretação dos arts. 12 e 46, § 1º, do Código de Processo Penal (“o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra” e “quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação”). Com efeito, se o Ministério Público dispuser, desde logo, de elementos probatórios suficientes para conferir justa causa à ação penal, pode propô-la mesmo sem investigações preliminares.

Todo esse quadro revela que a colheita de elementos probatórios para informar uma ação penal não é atividade exclusiva da Polícia e sequer necessário seja precedida a ação penal por investigações preliminares.”

Nessa mesma linha de compreensão, também o e. Ministro Celso de Mello sublinhou a plena possibilidade de se propor a ação penal, ainda que desprovida de inquérito (grifos no original):

“ **É certo** , no entanto , que, **não obstante** a presidência do inquérito policial **incumba** à autoridade policial (**e não** ao Ministério Público), **nada impede** que o órgão da acusação penal **possa solicitar** , à Polícia Judiciária , **novos** esclarecimentos, **novos** depoimentos **ou** , **novas** diligências, **sem prejuízo** de poder acompanhar, *ele próprio* , os atos de investigação realizados pelos organismos policiais.

Essa possibilidade – que ainda subsiste sob a égide do vigente ordenamento constitucional – **foi bem reconhecida** por este Supremo Tribunal Federal, **quando esta Corte** , no julgamento **do RHC 66.176 /SC** , Rel. Min. CARLOS MADEIRA, **ao reputar legítimo** o oferecimento de denúncia **baseada** em investigações **acompanhadas** pelo Promotor de Justiça, **salientou** , no que se refere **às relações** entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, **que este pode** “ requisitar a

abertura de inquérito e a realização de diligências policiais, **além de solicitar** esclarecimentos ou novos elementos de convicção a quaisquer autoridades ou funcionários (...) ”, **competindo-lhe** , ainda, “acompanhar atos investigatórios junto aos órgãos policiais ”, **embora não possa** “ *intervir nos atos do inquérito e, muito menos, dirigi-lo, quando tem a presidi-lo a autoridade policial competente* ” (**RTJ** 130 /1053 – **grifei**).”

E ainda o e. Min. Luiz Fux:

“A prevalecer o entendimento de que apenas a polícia pode investigar condutas que possam encaixar-se em um tipo do Código Penal ou da legislação extravagante, exsurgiria uma substancial dificuldade para a apuração, *verbi gratia* , de ilícitos tributários, ambientais e em detrimento da Administração Pública.”

Ressalte-se que mesmo a corrente vencida, liderada pelo brilhante voto do e. Ministro Cezar Peluso reconheceu que outros órgãos, como as comissões de inquérito e a Receita Federal, podem realizar investigações. A diferença, no entanto, reside no argumento apresentado pelo Min. Cezar Peluso, segundo o qual:

“Não se trata, pois, de hipóteses de atribuição de competência de polícia judiciária por norma infraconstitucional, à revelia da Constituição da República, mas da **previsão constitucional e legal** doutras competências, de cujo exercício podem resultar também dados retóricos que, nos termos do ordenamento processual penal, dispensem, por inutilidade consequente, procedimento específico de polícia judiciária. Donde, tais exemplos não se prestam tampouco a confortar, dalgum outro modo, o débil argumento de que a lei poderia dar ao Ministério Público função e competência de polícia judiciária.”

Essa linha de raciocínio exposta pelo Min. Cezar Peluso deriva de uma interpretação do art. 129, I e IX, da CRFB, que se recusa a ver ali poderes implícitos ao Ministério Público para realizar a investigação criminal. Ao disciplinar de forma distinta os procedimentos civis dos criminais, quis o constituinte, de acordo com essa interpretação, nitidamente excluir, do âmbito criminal, os poderes investigatórios do membro do Ministério Público. Ante a clareza com que explicitada a norma, aduziu o Min. Cezar Peluso que não haveria de falar-se em poderes implícitos.

Prevaleceu, porém, a visão de que da enumeração das competências do Ministério Público é possível depreender interpretação que lhe garante os meios para desempenhar seu mister constitucional. Nesse sentido, argumentou o e. Ministro Celso de Mello (grifos no original):

*“ **Entendo** , por isso mesmo , Senhor Presidente, **que o poder de investigar** , em sede penal, **também compõe** a esfera de atribuições institucionais do Ministério Público, **pois esse poder se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício** , por essa Instituição, **das múltiplas e relevantes** competências que lhe foram **diretamente** outorgadas, **em norma expressa** , **pelo próprio texto** da Constituição da República.*

*Isso significa que a outorga de poderes explícitos , ao Ministério Público , **tais como aqueles enunciados** no art. 129, **incisos I, VI, VII, VIII e IX**, da Lei Fundamental da República, **supõe** que se reconheça, **ainda que por implicitude** , **aos membros** dessa Instituição, **a titularidade de meios destinados** a viabilizar a adoção **de medidas** vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, **permitindo** , **assim** , **que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público** .”*

Frise-se, como já se reconheceu nesta manifestação, que, tanto no que tange à competência de outros órgãos para a realização de investigações quanto no que se refere à teoria dos poderes implícitos, são sólidos os precedentes desta Corte.

Assim, no RHC 51.543, Rel. Ministro Xavier de Albuquerque, DJ 19.10.1973, o Tribunal afastou a nulidade que se aventava em processo criminal, sob o argumento de que o inquérito teria corrido sob a competência da polícia militar. Essa orientação foi, mais recentemente, observada quando do julgamento do Inquérito 1.957, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 11.11.05, oportunidade em que o Tribunal assentou que “a instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção”.

No julgamento do HC 94.173, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 26.11.2009, reconheceu-se, de forma nítida, os poderes de investigação do Ministério Público, sob a justificativa de decorrer, ainda que de modo implícito, dos poderes que lhe foram enumerados pela Constituição. Esse último caso recebeu a seguinte ementa:

“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 privativa 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 judicio", 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 excetuada 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 destinados 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: O PONIBILIDADE, 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 intra-organica 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 prevalecente 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 formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.”

(HC 94173, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00336).

Essa orientação foi observada, ainda, quando do julgamento da AP 396, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 27.04.2011, em que o Tribunal rejeitou a preliminar relativa à alegada nulidade decorrente do oferecimento de denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquérito civil.

O amparo em sólida linha jurisprudencial é mais que suficiente para rejeitar os argumentos pela inconstitucionalidade da lei impugnada nesta ação direta, porquanto o direito à segurança jurídica, missão institucional deste Tribunal, está intimamente ligado ao respeito aos precedentes desta Corte.

Com essas considerações, com as vênias do e. Min. Relator, não há como se acolher o pedido formulado na inicial para afastar a possibilidade de o Ministério Público conduzir, ainda que nos termos aqui delineados, as investigações preliminares. Por essa razão, é constitucional o artigo 35, inciso XII, da Lei Complementar nº 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro, a implicar a improcedência da presente ação direta.

É como voto.