

VOTO:

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (Relator):

Ementa : Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução do CNMP. Interceptação telefônica. Improcedência.

1. Ação direta de inconstitucionalidade contra a Resolução CNMP nº 36/2009, que dispõe sobre o pedido e a utilização das interceptações telefônicas, no âmbito do Ministério Público. Alegação de violação da competência privativa da União para legislar sobre direito processual e do art. 144, §§ 1º, IV e 4º, da CF/88.

2. Resolução editada pelo CNMP no exercício de sua competência constitucional, em caráter geral e abstrato, não constitui ato normativo secundário. Ação direta conhecida.

3. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o conteúdo da resolução impugnada se insere na competência do CNMP para disciplinar os deveres funcionais dos membros do Ministério Público, entre os quais o dever de sigilo e de zelar pela observância dos princípios previstos no art. 37 da Constituição (ADI 4.263, sob minha relatoria, j. em 25.04.2018).

4. Ausência de violação à legalidade ou às prerrogativas da Polícia Judiciária.

5. Pedido julgado improcedente, com a fixação da seguinte tese de julgamento: “ *É constitucional o estabelecimento, por resolução do CNMP, de cautelas procedimentais para proteção de dados sigilosos e garantia da efetividade dos elementos de prova colhidos via interceptação telefônica* ”.

I. Conhecimento da ação

1. Deixo de acolher a preliminar, fundada no caráter normativo secundário do ato impugnado. Com efeito, a Resolução nº 36/2009, do CNMP, não se destina a regulamentar a Lei nº 9.296/1996, mas sim a disciplinar, em caráter geral e abstrato, a conduta dos membros e servidores do Ministério Público no âmbito dos procedimentos de interceptação telefônica. Não se discute aqui a compatibilidade entre a lei e a resolução, mas sim eventual inconstitucionalidade do ato normativo por ter

supostamente ultrapassado os limites do poder normativo do órgão. Saber se estes limites foram ou não excedidos constitui matéria de mérito, e como tal será analisada.

2. Em situação análoga, o Tribunal já conheceu de ação declaratória de constitucionalidade tendo por objeto a Resolução nº 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que proibiu o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Naquele caso, foi reconhecido o caráter primário do ato impugnado, em razão do poder normativo do CNJ:

“AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. (...) 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 centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. (...)” (ADC 12-MC, Rel. Min. Ayres Britto).

3. Ainda a propósito do conhecimento da presente ação direta, considero que as mudanças promovidas no ato impugnado pela Resolução CNMP nº 51/2010 não implicam perda de objeto desta ação, haja vista a inexistência de alterações substanciais. Neste sentido:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 81 E 82 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR CRIADAS PELO ESTADO E MANTIDAS PELA INICIATIVA PRIVADA. SUPERVISÃO PEDAGÓGICA DO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALCANCE. OFENSA AO ARTIGO 22, XXIV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. **EMENDA**

CONSTITUCIONAL ESTADUAL 70/2005. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO . AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. (...) 2. A modificação do artigo 82 do ADCT da Constituição mineira pela Emenda Constitucional Estadual 70/2005 não gerou alteração substancial da norma. Ausência de prejudicialidade da presente ação direta. (...)”. (ADI 2.501, Rel. Min. Joaquim Barbosa, destaques acrescentados).

4. Desse modo, rejeito a preliminar de não conhecimento da ação.

II. Mérito

1. Considerações gerais sobre interceptações telefônicas

5. Antes de passar ao mérito propriamente dito, considero oportunas algumas brevíssimas considerações sobre o tema de fundo, haja vista que o próprio CNMP reconhece que, em matéria de interceptações telefônicas, existem “excessos” e mesmo algum grau de “descontrole dos órgãos que atuam no combate à criminalidade” (fl. 31). A propósito, releva notar que o Estado brasileiro já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Escher e outros vs. Brasil*, em sentença de 06.07.2009, na qual foi comprovada a realização de interceptações telefônicas gravemente irregulares [1].

6. A inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas é prevista constitucionalmente como direito fundamental (CF, art. 5º, XII). Nesta qualidade, embora não possua caráter absoluto, seu afastamento somente pode ocorrer em estrita observância à lei, exigindo-se da respectiva ordem judicial fundamentação reforçada e com referências específicas às peculiaridades concretas do caso. **E, quanto mais se projeta no tempo a interceptação, tanto maior será o ônus de motivação a ser atendido pela decisão judicial.**

7. Nesse sentido, eventuais prorrogações de interceptações em curso não devem ocorrer de forma automática. A fim de autorizar a renovação da medida, a comprovação da “indispensabilidade do meio de prova” (art. 5º

da Lei nº 9.296/96) pressupõe que a medida permanecerá útil às investigações, devendo o juiz justificar, com algum grau de especificidade – e não genericamente –, a razão da prorrogação.

8. Ainda acerca das prorrogações, o respectivo pedido deve conter a transcrição dos *trechos relevantes* para tal fim, como, aliás, prevê o art. 5º da resolução impugnada. Segundo a jurisprudência desta Corte, o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/1996 (“*No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição*”) não exige a transcrição integral de todas as conversas interceptadas, sendo suficiente a disponibilização dos áudios à defesa (neste sentido: Inq 2.424, Rel. Min. Cezar Peluso). No entanto, não se pode admitir que a desnecessidade da transcrição integral sirva para impedir a apreciação do contexto em que determinada fala foi proferida. Assim, *entendo relevante a transcrição de toda a conversa telefônica em que dito o trecho relevante, para aferição do contexto*.

9. Passo ao mérito das questões levantadas na presente ação direta.

2. As bases constitucionais da resolução questionada

10. A norma impugnada foi editada pelo CNMP no exercício das atribuições previstas diretamente no art. 130-A, § 2º, I e II, da Constituição:

“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;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;” (grifos acrescentados)

11. Considerando tais previsões normativas, as bases constitucionais do ato impugnado podem ser expostas sob três diferentes perspectivas.

12. *Em primeiro lugar*, a resolução impugnada tratou da disciplina do *dever de sigilo*, que constitui um dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público (CF, art. 130-A, *caput*). Esta obrigação de sigilo quanto às interceptações telefônicas, pode ser extraída diretamente do art. 5º, XII, da Constituição de 1988. Num plano mais geral, o dever de sigilo encontra previsões infraconstitucionais no art. 8º, §2º, da Lei Complementar nº 75/1993 e no art. 26, §2º, da Lei nº 8.625/1993, abaixo transcritos:

Lei Complementar n.º 75/1993 :

“Art. 8º, § 2º. Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”.

Lei nº 8.625/1993 :

“Art. 26, § 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo”.

13. Nesta linha, o ato questionado prevê que o pedido de interceptação deve ser encaminhado em envelope lacrado, com folha de rosto externa sem identificação (art. 2º), sendo a ele anexado outro envelope menor, também lacrado, contendo apenas o número e o ano do procedimento investigatório (art. 3º). Exige também a identificação expressa das pessoas que terão acesso às informações (art. 4º, V). Dispõe ainda que a retirada em carga deve ser feita mediante recibo, por pessoa expressamente autorizada, e os autos devem ser acondicionados em envelopes duplos, sem indicação do caráter sigiloso ou do teor do documento no envelope externo (art. 7º). Trata, ainda, de cautelas para manutenção do sigilo e providências no caso de violação (art. 8º). Por fim, cumprida a medida, preceitua que o resultado deve ser encaminhado ao juiz competente, com relatório circunstanciado e requerimento de inutilização das gravações que não interessem à prova (art. 9º).

14. *Em segundo lugar*, a resolução uniformiza e padroniza alguns procedimentos formais gerais em matéria de interceptações telefônicas, dando concretude ao *princípio da eficiência*, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, por cuja observância deve zelar o Conselho (CF, art. 130-A, §

2º, II). Nesse sentido, a resolução prevê, em seu art. 4º, alguns *elementos formais mínimos* que devem constar no pedido de interceptação. Dispõe ainda que eventual pedido de prorrogação deve ser acompanhado por mídia que contenha o inteiro teor do áudio das comunicações interceptadas, com a indicação dos trechos relevantes e o relatório circunstanciado (art. 5º).

15. A uniformização de procedimentos formais é altamente salutar e atende, como dito, ao princípio constitucional da eficiência. O pedido que não contenha, por exemplo, “a indicação dos números dos telefones a serem interceptados, e/ou o nome do usuário” (art. 4º, II) apresenta defeito formal que inviabiliza a medida. De igual modo, o pedido de prorrogação desacompanhado da indicação dos “trechos das conversas relevantes” (art. 5º) apresenta vício que pode impedir a continuidade das investigações. Nota-se, portanto, que a resolução impugnada limitou-se a uniformizar *práticas formais* necessárias para garantir a *eficiência* da atuação ministerial, já que, sem elas, a investigação poderia ser comprometida.

16. Por fim, *em terceiro lugar*, e apenas como reforço dos dois fundamentos anteriores, a resolução em exame encontra fundamento na competência normativa do Conselho decorrente do seu poder de analisar as mesmas questões em casos concretos. Como registra Sergio Ferraz, “*aquilo que o administrador pode ordenar ou proibir em um caso isolado, pode ordenar ou proibir em forma geral, para todos os demais casos similares*” [2]. Na realidade, o Conselho não apenas *pode* veicular norma geral na qual prevê os parâmetros que utiliza na análise dos casos concretos que lhe são submetidos; é *conveniente e desejável* que ele o faça, já que essa providência confere à sua atuação maior previsibilidade e oferece aos destinatários de seu controle maior segurança jurídica e convicção de um tratamento isonômico[3].

17. Se o Conselho não estivesse autorizado a prever as medidas exigidas para garantia do sigilo das interceptações, nem a dispor sobre práticas formais necessárias à eficiência da atuação ministerial, como poderia controlar o cumprimento dos deveres funcionais de seus membros – entre os quais o dever de sigilo –, e ainda zelar pela observância do art. 37 da Constituição – em que previsto, entre outros, o princípio da eficiência? É fora de dúvida que, ao atribuir ao CNMP tal poder-dever, a Constituição conferiu-lhe também os meios lícitos para desincumbir-se dele. Essa lógica está longe de ser nova e, em rigor, fundamenta toda a atuação regulamentar da Administração: quem determina os fins, concede igualmente os meios[4].

3. Análise das alegações da petição inicial

18. Em síntese, a requerente sustenta que o ato normativo impugnado violou a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, a legalidade e o disposto no art. 144, §§ 1º, IV e 4º, da Constituição Federal.

19. Primeiramente, conforme destacado, a resolução impugnada tratou da disciplina do *dever de sigilo*, que constitui um dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público (CF, art. 130-A, *caput*), bem como uniformizou e padronizou alguns procedimentos formais gerais em matéria de interceptações telefônicas, dando concretude ao *princípio da eficiência*, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição, por cuja observância deve zelar o Conselho (CF, art. 130-A, § 2º, II). Ou seja, o ato normativo impugnado se limitou a uniformizar *práticas formais* necessárias para garantir a lisura e a eficiência da atuação ministerial, uma vez que, sem elas, a investigação poderia ser comprometida.

20. Nesse contexto, o ato editado se compatibiliza com os limites das competências do CNMP, previstas no texto constitucional, não tratando diretamente de matéria processual, mas meramente de questões procedimentais, razão pela qual não vislumbro ofensa ao art. 21, I, da Constituição Federal. Como afirmei no julgamento da ADI 4.263 (sob minha relatoria, j. em 25.04.2018), em que o Plenário desta Corte declarou a constitucionalidade do mesmo ato normativo ora impugnado:

“[c]onsidero que a Resolução, basicamente, diz como deve ser feito o requerimento da interceptação, como deve ser feito o pedido de prorrogação, como deve ser a conclusão do procedimento. Com todas as vênias, eu acho que não se trata de regulamentação de direito fundamental sem lei, porque, na verdade não se está regulamentando direito fundamental, está-se regulamentando a atuação do Ministério Público. E, na verdade, impondo regras de autocontenção ao Ministério Público em favor dos direitos fundamentais. Portanto, não há interferência com direitos fundamentais; há interferência com o Ministério Público em favor dos direitos fundamentais. A Resolução não cria uma nova hipótese de quebra, por exemplo. Portanto, a primeira objeção quanto à questão da legalidade, eu acho que não se coloca”.

21. Nesse sentido, portanto, não há ofensa à legalidade, porque a resolução objeto da presente ação direta se limita a regulamentar a lei, e o faz de maneira legítima, sem contrariar o seu teor. Ressalto, ainda, que não se trata de regulamentação genérica da Lei nº 9.296/1996, mas sim de regulamentação da atuação do Ministério Público no cumprimento dessa lei, o que se afigura legítimo ao CNMP. Assim, não houve a exorbitância do poder regulamentar do órgão. Ressalto que essas mesmas conclusões já foram firmadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.263, cuja ementa transcrevo a seguir:

“CONSTITUCIONAL. RESOLUÇÃO DO CNMP. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

1. Resolução editada pelo CNMP no exercício de sua competência constitucional, em caráter geral e abstrato, não constitui ato normativo secundário. Ausentes outros vícios na petição inicial, as questões preliminares devem ser rejeitadas e ação direta conhecida.

2. Breves considerações sobre interceptações telefônicas: fundamentação das decisões, prorrogações e transcrições.

3. O ato impugnado insere-se na competência do CNMP de disciplinar os deveres funcionais dos membros do Ministério Público, entre os quais o dever de sigilo, e de zelar pela observância dos princípios previstos no art. 37 da Constituição, aí incluído o princípio da eficiência.

4. Ausência de violação à reserva de lei formal ou à autonomia funcional dos membros do *Parquet*.

5. Pedido em ação direta de inconstitucionalidade julgado improcedente”.

22. Por fim, pelos mesmos fundamentos, não vejo ofensa às competências da Polícia Judiciária.

23. A parte autora, no ponto específico, sustenta a inconstitucionalidade material do ato normativo impugnado, por alegada ofensa às funções de polícia judiciária, “sobretudo no tocante à utilização das interceptações de comunicações telefônicas (Lei Federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996), de competência exclusiva das Polícias Federal, dos Estados e do Distrito Federal (CF, art. 144, § 1º, IV e § 4º)”. Ao fazê-lo, apresenta os seguintes argumentos: (i) cabe ao delegado de polícia conduzir os procedimentos de interceptação telefônica; (ii) as gravações telefônicas realizadas *intra murus*

e diretamente pelo Ministério Público não têm amparo legal nem constitucional; e (iii) o Ministério Público não tem legitimidade para presidir procedimentos investigatórios.

24. Os argumentos não merecem acolhida. A resolução objeto desta ação de controle concentrado de constitucionalidade não interferiu, de nenhuma forma, nas atribuições legais e constitucionais da autoridade policial na condução dos procedimentos de interceptação telefônica, tampouco autorizou a realização de gravações *intra murus* por parte do órgão ministerial público. Muito menos conferiu legitimidade investigatória ao órgão ministerial público. Trata-se, em vez disso, de ato normativo que laborou nos estreitos limites “dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público, entre os quais o dever de sigilo, e de zelar pela observância dos princípios previstos no art. 37 da Constituição, aí incluído o princípio da eficiência” (ADI 4.263, sob minha relatoria).

25. Seja como for, e apenas a título argumentativo, lembro que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento do RE 593.727/MG (Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. em 14.05.2015), a validade constitucional do poder investigatório do Ministério Público, com apoio na seguinte tese de julgamento:

“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 nº 8.906/94, art. 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 nº 14), praticados pelos membros dessa instituição.”

26. Nessas condições, e muito embora reconhecendo que os contornos e os limites do poder investigatório do Ministério Público ainda podem sofrer algum tipo de debate por parte deste Supremo Tribunal Federal (v. ADIs 2.943, 3.309 e 3.318, Rel. Min. Edson Fachin), não há nenhuma razão para acolher a inconstitucionalidade material arguida pela parte autora.

27. Diante do exposto, conheço da ação e, no mérito, **julgo o pedido improcedente**, com fixação da seguinte tese de julgamento: “*É constitucional o estabelecimento, por resolução do CNPM, de cautelas procedimentais para proteção de dados sigilosos e garantia da efetividade dos elementos de prova colhidos via interceptação telefônica*”.

28. **É como voto**.

[1] Entre tais ilicitudes, destacam-se: (a) a fundamentação da decisão que deferiu a interceptação, limitada a “R. e A. Defiro. Oficie-se”; (b) a efetiva implementação da medida durante um total de 49 dias, sendo que, ao menos em parte do período, não havia qualquer autorização judicial; e (c) a divulgação e publicação, pela imprensa, de gravações telefônicas que estavam sob o poder do Estado.

[2] Sergio Ferraz, Regulamento. In: *Três estudos de direito*, 1977, p. 107. V. tb. Diógenes Gasparini, *Poder regulamentar*, 1982, p. 23: “Aceitou-se, sem contestação e por muito tempo, o princípio segundo o qual cabe à Administração Pública, valendo-se de normas abstratas, gerais e impessoais, disciplinar para o futuro a outorga de autorizações ou o estabelecimento de proibições, pelo simples fato de poder, no presente, autorizar ou proibir atuações por meio de soluções particulares ou individuais”.

[3] V., por todos, Almiro do Couto e Silva, Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo, *Revista de Direito Público* 84: 46, 1987, p. 46 e ss.

[4] A tese tem como grande precedente histórico a decisão da Suprema Corte americana em *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819). Na literatura nacional, v. sobre o tema, e.g., Alexandre Santos de Aragão, Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo, *Boletim de Direito Administrativo* 5 :370, maio/2002, p. 380: “Se, por exemplo, a Constituição estabelece que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não teria sentido que ela, independentemente da existência de lei ordinária, não pudesse regulamentar a sua prestação (meio). Nestas circunstâncias só alcançarão os seus propósitos se estas (regulamentares) forem admitidas. Com isto, não

estamos ‘forçando’ o conteúdo da Constituição, mas apenas aplicando o vetusto princípio dos *implied powers* , por Marshall concebido nos seguintes termos: ‘legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais’”.

Plenário Virtual - minuta de voto - 14/04/2023 00:00