

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO DO CNMP 36/2009. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VIOLAÇÃO À RESERVA LEGAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. A Resolução CNMP 36/2009 dispõe sobre o pedido e a utilização das interceptações telefônicas no âmbito do Ministério Público.

2. O art. 5º, XII, da Constituição exige expressamente, para afastar a inviolabilidade de comunicações telefônicas, o respeito à forma e às hipóteses previstas em lei (reserva legal).

3. Inovação, sem respaldo legal, da Resolução relativamente ao estabelecimento de exigências e obrigações quanto à forma procedimental de interceptação telefônica prevista na Lei 9.296/1996.

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 4º, § 2º; 5º; e 6º; bem como para reconhecer a parcial nulidade sem redução de texto do artigo 8º, § 3º c/c 9º, no sentido da inconstitucionalidade da interpretação que possibilite ao membro do Ministério Público a realização direta da execução da medida de interceptação telefônica.

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), em que se impugna a Resolução 36/2009 – alterada pela Resolução 51/2010 – do CNMP, que dispõe sobre o pedido e a utilização de interceptações telefônicas no âmbito do Ministério Público. Eis o teor do diploma impugnado:

“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 email, 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.”(NR)(Acrescentado pela Resolução nº 51, de 09 de março de 2010).

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.” (NR) (Alterado pela Resolução nº 51, de 09 de março de 2010).

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.” (NR) (Alterado pela Resolução nº 51, de 09 de março de 2010).

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.” (NR) (Alterado pela Resolução nº 51, de 09 de março de 2010).

§ 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.” (NR)(Alterado pela Resolução nº 51, de 09 de março de 2010).

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 informático 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. (Acrescentado pela Resolução nº 51, de 09 de março de 2010).

§ 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.” (NR) (Acrescentado pela Resolução nº 51, de 09 de março de 2010).

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

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.” (NR)(Alterado pela Resolução nº 51, de 09 de março de 2010).

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 (cento e vinte) 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”.

Na exordial, sustenta-se que, ao veicular essa regulamentação do procedimento de investigação criminal mediante ato normativo infralegal, o CNMP teria excedido os limites da sua competência regulamentar, em violação ao princípio da legalidade e à competência da União para legislar sobre direito processual. Além disso, defende-se que as normas questionadas autorizariam os membros do MP a conduzir diretamente a realização das interceptações telefônicas no curso da apuração de infrações penais, em ofensa ao art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF, que reservaria à autoridade policial a tal atribuição.

Em informações, o Conselho Nacional do Ministério Público informou que a resolução atacada foi editada em consonância com a Resolução 59 /2008 do CNJ, que “ *disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, a que se refere a Lei nº 9.296, de 24 de*

julho de 1996”. Em consequência, seu conteúdo apenas densificaria o da Lei 9.296/996, estando amparado, portanto, na atribuição constitucional do órgão de expedir atos regulamentares no âmbito da sua competência.

Tanto a Advocacia-Geral da União quanto a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se pelo não conhecimento da ação, em razão da natureza regulamentar do ato, e, no mérito, pela improcedência da demanda. Transcrevo as ementas dos respectivos documentos:

“Constitucional. Resolução nº 36/09 do Conselho Nacional do Ministério Público, que “ *dispõe sobre o pedido e a utilização das interceptações telefônicas, no âmbito do Ministério Público, nos termos da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996* ”. Preliminar. Natureza regulamentar do ato questionado. Mérito. Ausência de afronta ao princípio da legalidade (artigo 5º, incisos II e XII, da Constituição), à competência privativa da União para legislar sobre direito processual (artigo 22, inciso I, da Lei Maior) e ao disposto pelo artigo 144, § 1º, inciso IV, e § 4º, da Carta da República. O diploma normativo sob invecção guarda estrita fidelidade aos parâmetros estipulados pela legislação federal existente sobre a matéria, bem como não interfere na esfera de competências constitucionalmente conferidas às corporações policiais. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido”.

“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 regule 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”.

Na Sessão Virtual de 4 a 24 de abril de 2023, o relator do feito, Min. ROBERTO BARROSO, votou pela improcedência da demanda, propondo a seguinte ementa ao julgado:

“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 CNPM, de cautelas procedimentais para proteção de dados sigilosos e garantia da efetividade dos elementos de prova colhidos via interceptação telefônica*”.

O voto de Sua Excelência foi acompanhado pela Ministra CÁRMEN LÚCIA. Na sequência, pedi vista para melhor examinar a controvérsia.

É o relatório.

Inicialmente, registro que o objeto das ações concentradas de controle de constitucionalidade na jurisdição constitucional brasileira, além das espécies normativas primárias previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo e autônomo (CASTANHEIRA NEVES, *O problema da constitucionalidade dos assentos*. Coimbra: Coimbra, 1994). Assim, quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, autonomamente, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida pelos órgãos destinatários (HANS KELSEN, *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 2-6), deverá ser considerado, para efeito de controle de constitucionalidade, como ato normativo impugnável, tais como decretos presidenciais autônomos (por exemplo: CF, art. 84, incisos VI e XII) e decretos que tenham extravasado o poder regulamentar do chefe do Executivo, invadindo matéria reservada à lei (ADI 1352-1-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 4/10/1995; ADI 1553, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 17/9/2004); atos normativos do Conselho Nacional de Justiça (ADI 3367, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJ de 17/3/2006; ADC 12 MC, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ de 1/9/2006) e do Conselho Nacional do Ministério Público (ADPF 482 MC, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Decisão Monocrática, DJe de 4/10/2017); ou, ainda, *de previsões regimentais de tribunais que, claramente, ostentem caráter normativo e autônomo* (ADI 3544, Rel. Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, DJe de 07/8/2017; ADI 4108 MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, DJe de 6/3/2009).

Verifica-se que o ato impugnado se reveste dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade, permitindo a sua análise de constitucionalidade, conforme jurisprudência desta Casa. Colaciono, a título de exemplo, decisão que afastou a possibilidade de impugnação de ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público pela via de mandado de segurança, que não é sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade:

“EMENTA Agravo regimental no mandado de segurança. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Resolução nº 117/2014. Ato normativo do qual não decorrem efeitos concretos, imediatos, instantâneos. Inviável a impugnação de lei ou ato normativo em tese pela via excepcional do mandado de segurança. Ação mandamental não é sucedânea de ação direta de inconstitucionalidade. Jurisprudência consolidada do STF. Não

cabimento do mandado de segurança. Agravo regimental não provido. 1. Se do ato coator (Resolução nº 117/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)) não decorrem efeitos concretos, imediatos, instantâneos, é inviável questioná-lo pela via excepcional do mandado de segurança. 2. A ação mandamental, por não ser sucedânea da ação direta de inconstitucionalidade, não constitui via adequada para a impugnação de lei ou ato normativo em tese. Jurisprudência consolidada da Corte. 3. Agravo regimental não provido". (MS 33464 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015, Processo Eletrônico, DJe-083, divulgado em 5/5/2015, publicado em 6/5/2015) .

Também merece destaque o julgamento da ADC 12, em que se declarou constitucional a Resolução CNJ 07/2005, de modo a legitimar o cabimento da presente ação.

No caso dos autos, verifica-se que pretendia o Conselho Nacional do Ministério Público, ao editar a Resolução 36/2009, estabelecer a uniformização, padronização e requisitos rígidos na utilização dos dados obtidos durante intercepções telefônicas.

Todavia, referida norma, ao criar requisitos não previstos em lei (no caso a Lei 9.296/1996 que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal), ultrapassa a competência prevista no artigo 130-A da Carta Magna, que atribui 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.

Em relação ao mérito, portanto, pedindo todas as vênias ao Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, divirjo parcialmente da conclusão de Sua Excelência, indicando a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Resolução.

Assim o faço porque há duas questões essenciais. Uma envolvendo o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, quando e como será possível afastar a inviolabilidade das comunicações telefônicas, que é um direito fundamental, previsto, pela primeira vez no Direito Constitucional brasileiro.

Até a nossa Constituição de 1988, não havia previsão de inviolabilidade telefônica. Repetia-se sempre a questão da inviolabilidade domiciliar e

inviolabilidade de comunicações, de dados. Foi uma previsão no inciso XII que trouxe a forma e o conteúdo exigíveis para que se possa afastar essa inviolabilidade.

Esse é um ponto essencial.

A segunda questão essencial trazida na presente ação direta diz respeito aos limites do poder normativo do Conselho Nacional do Ministério Público, previsto no art. 130-A, inclusive, limites em relação a criar obrigações para terceiros, quando se é um órgão administrativo somente do Ministério Público.

Entendo pela necessidade de compatibilização, na presente hipótese, dessas duas importantes questões.

O art. 5º, XII, da Constituição trouxe três requisitos para a possibilidade de interceptação telefônica, ou seja, para a possibilidade de quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas: ordem judicial, finalidade – fins de investigação criminal ou instrução processual penal – e o terceiro requisito – que nos interessa na presente ação direta –, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Aqui, vislumbro, além da cláusula de reserva jurisdicional para afastamento dessa inviolabilidade do sigilo das conversas telefônicas, também como cláusula direta e específica, a reserva de lei.

A Constituição diz: nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Esse terceiro requisito foi discutido no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, quando o art. 57, II, e , da Lei 4.117/1962 (o Código Brasileiro de Telecomunicações) foi analisado se seria recepcionado ou não, para fins de interceptação telefônica. A Constituição de 1988, pela primeira vez, estabeleceu, em seu texto constitucional, como um direito fundamental, a inviolabilidade de comunicações telefônicas e previu os três requisitos.

A partir de 5 de outubro, da própria promulgação da Constituição, as interceptações telefônicas continuaram sendo determinadas por decisões judiciais, e o juiz dizia: há decisão judicial para a finalidade de investigação criminal ou de instrução processual penal. E a lei exigida pela Constituição, concluía a jurisprudência da época, é o Código Brasileiro de Telecomunicações. Ou seja, foi recepcionado o Código Brasileiro de Telecomunicações. As interceptações continuaram sendo concedidas, porém o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entendeu que não havia sido recepcionado (HC 69912, de relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE) o Código Brasileiro de Telecomunicações. Por quê? Porque a Constituição, como requisito essencial e imprescindível para o afastamento

do sigilo das comunicações telefônicas, passou a exigir lei em sentido formal, mas uma lei que estabelecesse não só a forma – e o antigo art. 57 do Código de Telecomunicações estabelecia somente a forma –, mas a Constituição passou a exigir que se estabelecessem a forma e as hipóteses, trazendo todas as hipóteses e os requisitos essenciais para que essa inviolabilidade pudesse ser afastada.

Na ementa desse acórdão, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL proclamou que o sigilo das comunicações telefônicas poderá ser quebrado por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Inexistência da lei tornou inviável a quebra do sigilo.

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE – que depois ficou vencido na matéria de fundo, que seria a ilicitude das provas –, na questão sobre a não recepção do Código de Telecomunicações, defendeu que *"a sobrevivência aos textos constitucionais intercorrentes, o certo é que seguramente não satisfaz à reserva da lei, reclamada no inciso XII do art. 5º da Constituição vigente, para legitimar a interceptação telefônica na investigação criminal"*. Quem não satisfaz? O antigo Código de Telecomunicações, que, apesar de ser lei, não estabelecia forma e hipótese, não estabelecia os requisitos exigidos pela Constituição.

Nesse julgamento, também exigindo a necessidade de lei, Sua Excelência o Ministro MARCO AURÉLIO disse: *"Sua Excelência"* – referindo-se ao Ministro PERTENCE – *"emprestou ao dispositivo a única interpretação consentânea com o DIPLOMA MAIOR, já que o citado inciso cogita não só autorização judicial para que haja escuta como também da observância da forma imposta por lei"*.

Da mesma forma, à época, Ministro PAULO BROSSARD insistiu na reserva legal, dizendo: *"ocorre que a lei, a que se refere a Constituição, não foi editada. Decorrerá daí que a regra constitucional permanecerá em estado de sonolência"*.

E, nesse julgamento, reforçando essa ideia de exigência não só da cláusula de reserva jurisdicional do inciso XII, mas da cláusula de reserva legal, a exigência de lei formal, o nosso Decano, o Ministro CELSO DE MELLO, assim se referiu: *"a derrogação desse princípio tutelar do sigilo telefônico somente legitimar-se-á, desde que a interceptação, sempre precedida de ordem judicial, venha a realizar-se no campo exclusivo da"*

persecução penal e nas hipóteses a serem ainda definidas em numerus clausus pelo legislador, a quem incumbe prescrever, do outro lado, o modo e a forma de sua execução".

Esse trecho final é importantíssimo, porque, exatamente, os dispositivos legais, os artigos que entendo inconstitucionais, desrespeitam o modo e a forma de execução que somente a lei pode estabelecer.

Dessa reserva legislativa específica, prevista pela Constituição Federal surgiu uma salvaguarda de uma importante liberdade pública, de uma importante inviolabilidade, que é intimidade, a privacidade a partir da não possibilidade, em regra, de gravações de conversas telefônicas.

Essa lei demorou, mas veio. A Lei 9.296, de julho de 1996, disciplinou aquilo que o Ministro CELSO DE MELLO disse: que incumbiria prescrever o modo e a forma de sua execução, além do *numerus clausus* estabelecido pelo legislador.

Ora, em que pese, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ter reconhecido tanto ao Conselho Nacional de Justiça quanto ao Conselho Nacional do Ministério Público o poder normativo primário, inclusive, para que pudesse, no âmbito das suas atribuições previstas na Constituição, regulamentar as suas competências constitucionais, o que entendo importante, na presente hipótese, é a distinção entre o poder normativo do Conselho Nacional do Ministério Público para disciplinar e possibilitar, a partir da regulamentação, o exercício das suas competências constitucionais previstas no art. 130-A e a hipótese em que, não só na presente ADI, mas em outras, o Conselho Nacional do Ministério Público edita resoluções não para regulamentar, não para possibilitar o exercício das suas atribuições administrativas, mas pretende regulamentar o exercício das atividades finalísticas dos membros do Ministério Público no processo penal. São coisas diversas.

Esses limites foram discutidos por esta SUPREMA CORTE, no julgamento da ADI 3.367, ocasião em que o Min. CEZAR PELUSO bem delimitou o alcance das atribuições do CNJ e conseqüentemente aplicável ao CNMP:

“(…) 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da

magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente. Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. (...)

4. PODER JUDICIÁRIO. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. Competência relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal”.

Dessa maneira, assim como o CNJ não pode editar normas processuais e mesmo procedimentais da atuação do juiz, da atuação jurisdicional do magistrado, a meu ver, com o devido respeito às posições em contrário, o CNMP não pode editar resoluções para estabelecer normas processuais ou procedimentais de atuação finalística dos membros do Ministério Público.

E mais, como no caso aqui ocorreu, determinar normas que obriguem terceiros, como a Polícia e as concessionárias de serviço público, que nem relação com o Ministério Público têm, uma vez que o Conselho Nacional do Ministério Público é o órgão administrativo de cúpula do Ministério Público.

Na presente hipótese – e por isso eu faço essa distinção –, há normas e regras, de acordo com o poder normativo, porque, na forma do inciso I e do inciso II do § 2º do artigo 130-A, estão possibilitando que o CNMP possa fiscalizar, possa dar um padrão administrativo para todo o Ministério Público. A regulamentação do sigilo, a regulamentação se é um envelope, outro envelope, que deve constar o nome do membro do Ministério Público, isso, a meu ver, faz parte da própria possibilidade do CNMP, de fiscalização, regulamentação para poder realizar a fiscalização.

Agora, há outras normas que extrapolaram, a meu ver, totalmente, o poder normativo do Conselho Nacional do Ministério Público, a própria ideia de regulamentar sua atuação.

O que fez o Conselho Nacional do Ministério Público simplesmente foi alterar o próprio conteúdo da Lei 9.296, ou seja, legislou em matéria processual, e, ao legislar assim, houve flagrante desrespeito, não só ao próprio artigo 130-A, porque foge das funções do Conselho Nacional do Ministério Público, mas, mais grave, a meu ver – e por isso que comecei citando art. 5º, XII –, houve desrespeito à cláusula de reserva legal exigida constitucionalmente para que se afaste uma inviolabilidade prevista no art. 5º.

Extrapolou, invadiu a competência da União (art. 22, I) e acabou regulamentando de maneira diversa da própria lei formal. Estendeu uma regulamentação não existente, estabelecendo novos requisitos e também nova forma. Isso é exigência de reserva legal do art. 5º, inciso XII.

Se não estabelecermos essa distinção, o CNMP assim como o CNJ poderão regulamentar tudo, deter o poder normativo não só para regulamentar o que for necessário para o bom exercício das suas competências constitucionais, mas poderão legislar processualmente. Vamos possibilitar que amanhã o CNMP possa regulamentar "busca e apreensão", possa regulamentar "invasão domiciliar", possa regulamentar procedimentos criminais. Mesmo que regule, mais modernamente e melhor do que existe hoje, isso não é função constitucional do CNMP, é função do Congresso Nacional.

No caso analisado, o CNMP acaba interferindo na atividade jurisdicional, na atividade policial e na atividade de concessionárias de serviço público. Com uma "canetada" só, com uma resolução, acaba interferindo não só na atividade finalística do próprio membro do Ministério Público, mas do juiz, da polícia e das concessionárias de serviço público, sem ter previsão constitucional para tanto.

E quais são essas normas que desrespeitaram os preceitos constitucionais tanto do art. 5º, XII, quanto do art. 130-A, especialmente; além, é óbvio, como citado na petição inicial, da cláusula da separação dos Poderes?

Eu começo pelo artigo 5º da Resolução, segundo o qual:

"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."

Aqui, a meu ver, invade a competência que o inciso XII do artigo 5º expressamente concedeu ao Congresso Nacional para, por lei formal, regulamentar as hipóteses e forma para a interceptação telefônica.

A Lei 9.296/1996 trouxe as hipóteses – crimes apenados com reclusão, indispensabilidade – e a forma. Não há previsão de requisito para renovação exigindo que se apresentem os áudios, inteiro teor das comunicações; há necessidade de fundamentação por pedido e para que o juiz fundamente a renovação.

Há, ainda, a questão do prazo na lei, quando fala: uma vez renovável por 15 dias, presentes os requisitos. Isso porque não é possível, para grandes operações, 30 dias só de interceptação, 15 mais 15, nem no Brasil nem em lugar nenhum do mundo. E hoje, cada vez mais, a interceptação telefônica, infelizmente, vem tendo resultados menos efetivos, em virtude dos dispositivos de *WhatsApp* e *Instagram*, que a criminalidade organizada vem utilizando, mas ainda é um meio de obtenção de prova importante. A cada 15 dias, o juiz deve renovar, se assim entender, de forma fundamentada. A lei exige esse requisito, é um requisito processual legal.

Ocorre que não é possível uma padronização. Em primeiro lugar, isso fere a autonomia funcional do membro do Ministério Público, porque existem três possibilidades de decretação de interceptação telefônica: a autoridade policial pode representar o magistrado, o membro do Ministério Público e o próprio juiz, de ofício. Ora, para o juiz, de ofício, a lei não exige esses novos requisitos para renovação; para a autoridade policial não exige; o membro do Ministério Público fica cerceado de poder, numa investigação importante, pedir a renovação, se ele não conseguir, nos 15 dias, pegar toda a informação, em CD.

Ou seja, pode até ser um requisito importante, mas não é exigido por lei. Criaria, inclusive, uma diferenciação normativa: o juiz, de ofício, pode renovar quantas vezes quiser sem o cumprimento desse requisito; a autoridade policial pode pedir, e o juiz determinar, quantas vezes, também de forma fundamentada, demonstrando a indispensabilidade, sem esse

requisito; só o membro do Ministério Público não. Isso fere não só a independência funcional dos membros do Ministério Público, mas também a reserva legal que o inciso XII do artigo 5º estabelece: na forma e hipótese previstas em lei. Não há, na Lei, a hipótese de que, para a renovação, se exige o CD ou DVD com o inteiro teor.

Então, nesses termos, entendo que o art. 5º é inconstitucional, até porque, não fosse a questão da reserva legal, da independência funcional, o próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já tem aqui precedentes de que é possível a renovação, sem apresentação integral (HC 83515, de relatoria do Ministro NELSON JOBIM).

Também, entendo que o art. 6º é inconstitucional, segundo o qual:

“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 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.

A inconstitucionalidade do *caput* do art. 6º decorre do fato de apresentar exigência sem respaldo legal. Houve uma opção política institucional do Ministério Público de que a polícia não pode realizar sozinha a interceptação telefônica. Não há necessidade de prévio parecer sobre a legalidade do pedido, pois o juiz pode decretar a pedido da polícia ou de ofício. E, aí, sim, seja decretado de ofício, seja a pedido da polícia, a lei determina que se dê ciência ao membro do Ministério Público para, se quiser, acompanhar. A lei prevê a ciência posterior e a facultatividade de acompanhamento.

Além disso, o art. 6º, legislando sobre a forma de cumprimento – que é matéria legal –, estabelece que “o membro do Ministério deverá acompanhar o procedimento de interceptação”. Não há essa exigência legal na Lei 9.296, que atendeu a reserva legal exigida pela Constituição.

A lei prevê ciência. Não há a manifestação anterior e mesmo posterior sobre a legalidade. No momento adequado, juntada aos autos, o membro do Ministério Público irá analisar.

Essa opção legislativa, a propósito, decorre do fato de nem todos os municípios do País que terem membros do Ministério Público, na comarca ou no município, aptos a acompanhar as interceptações telefônicas. Portanto, trata-se de requisito claramente criado pela Resolução e não previsto na forma da lei.

E o parágrafo único da mesma forma. O parágrafo único do art. 6º legisla aqui sobre o inquérito. Tanto o *caput* quanto o parágrafo único acabam criando também reflexamente uma obrigação: no *caput*, para o juiz, porque então o membro do Ministério Público deve ser ouvido sobre a legalidade; e, no parágrafo único, para autoridade policial. Seja o magistrado, seja autoridade policial, nenhum está abaixo ou está compreendido pelo poder normativo do CNMP. Diz o 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".

Também não há essa obrigação à autoridade policial na questão da interceptação. O que pode ocorrer é o membro do Ministério Público ser cientificado – percebendo que há um abuso ou o que prazo se esgotou – e solicitar ao juiz que imediatamente cesse esse abuso. Alterou-se não só a própria lógica e regulamentação das interceptações previstas na Lei 9.296 como também a regulamentação do inquérito policial no Código de Processo Penal.

O § 3º do art. 8º dispõe que:

"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".

Obviamente que isso é defeso. Ocorre que esse dispositivo, a *contrario sensu*, autoriza que o membro do Ministério Público ou próprio servidor da instituição, com autorização judicial, ele mesmo realize a operação; e a lei não autoriza isso.

Em complemento, há previsão no art. 9º de que:

"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."

A lei, certa ou errada, estabeleceu que quem realiza a interceptação é autoridade policial. A autoridade policial que pode requisitar o auxílio das concessionárias de serviço público, no caso, telefônico. E o Ministério Público será cientificado para, se quiser, acompanhar. Essa é a forma que a lei estabeleceu com base no inciso XII do art. 5º.

Assim, o § 3º do art. 8º, combinado com o art. 9º, na verdade, repete o que a lei previu para autoridade policial, mas estendendo ao membro do Ministério Público; e, mais grave, ao servidor do Ministério Público, que poderá realizar essa diligência. Contudo, para que se altere o modelo legal, deve haver uma nova lei, não essa extensão por resolução do CNMP.

E há, inclusive, um outro dispositivo que prevê, completando essa interpretação, que o próprio membro do Ministério Público requisitará diretamente à concessionária de serviço público. Trata-se, portanto, de um modelo que até pode ser bom, até pode acelerar, mas é um modelo que foi previsto em lei.

Consigno que nós não estamos falando aqui de um detalhe técnico ou procedimental, mas estamos dizendo que um dos requisitos que a Constituição exigiu expressamente para afastar a inviolabilidade de

comunicações telefônicas foi o respeito à forma e às hipóteses previstas em lei. Essa disciplina do § 3º do art. 8º com o art. 9º não está se estabelecendo dessa forma.

Por fim, há uma última questão da telemática. Há outro dispositivo que completa essa questão que fala da requisição direta pelo membro do Ministério Público, ou seja, sem o respeito à lei que prevê a autoridade policial. A *contrario sensu*, o que o Conselho Nacional do Ministério Público fez na hipótese foi exatamente uma opção institucional de poder ele, o Ministério Público, realizar diretamente a interceptação. Isso não só é norma processual de investigação, mas fere o art. 5º, inciso XII, porque lá se estabelece o respeito à forma legal, e a forma legal da Lei 9.296 assim não autoriza.

O § 2º do art. 4º, § 3º do art. 8º e art. 9º acabam possibilitando essa opção que, certa ou errada, não foi a opção legislativa. Inclusive – é importante salientar – há projetos de lei exatamente neste sentido de se alterar a Lei 9.296, mas há a necessidade da reserva legal.

O § 2º do artigo 4º diz: " *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*" – veja, aqui se cria não uma obrigação, mas uma proibição à autoridade policial – "*poderá requisitar os serviços e os técnicos especializados às concessionárias de serviço público (...)*".

Ora, aqui também o que a lei prevê é que a polícia poderá fazer isso, com o Ministério Público a acompanhando. Aqui se inverte: mesmo nos procedimentos requeridos pela autoridade policial, a previsão é que o membro do Ministério Público poderá requisitar sem previsão legal.

Então, em relação ao § 2º do art. 4º e ao art. 9º, há inconstitucionalidades. E o § 3º do art. 8º tem uma interpretação conforme, porque, obviamente, é defeso realizar sem autorização judicial, mas no sentido de que deve ser realizada, quando possível, nos termos da lei.

Ou seja, mesmo com autorização judicial e com os objetivos autorizados em lei, será possível o acompanhamento do membro do Ministério Público nos termos da Lei 9.296.

Diante de todo o exposto, DIVIRJO do relator para julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação, declarando a INCONSTITUCIONALIDADE dos artigos 4º, §2º; 5º, 6º; e a PARCIAL

NULIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO dos artigos 8º, §3º c/c 9º, no sentido da inconstitucionalidade da interpretação que possibilite ao membro do Ministério Público a realização direta da execução da medida de interceptação telefônica.

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 25/08/2023