

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): A questão constitucional ora debatida na presente ação cinge-se a saber se a Emenda Constitucional 35, de 3 de abril de 2012, do Estado de São Paulo, que alterou o art. 140 da Carta Paulista, incorreu em ofensa aos artigos 37; 129, I, VI e VIII; e 144, § 6º, da Constituição Federal.

O dispositivo impugnado dispõe sobre a alteração na estrutura da Polícia Civil do Estado de São Paulo, elevando a Polícia Civil ao grau de essencial à função jurisdicional do Estado, bem como assegurando a carreira de Delegado de Polícia independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária.

A questão trazida pelo Procurador-Geral da República discute o alcance do artigo 144, § 6º, da Constituição Federal, assim redigido:

“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:

(...)

§ 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.”

Esta Corte já teve a oportunidade de se manifestar sobre controvérsias relacionadas a desnaturação da função policial. Em discussão similar à que se põe nos autos, o Min. Celso de Mello, na ocasião do julgamento da medida cautelar na ADI MC 244, tratou da submissão necessária aos Governadores dos Estados que se impõe à polícia civil estadual. Eis o teor do julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - POLICIA CIVIL - CO-PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS ATOS DE PROVIMENTO DOS CARGOS DE DELEGADO DE POLICIA - INVESTIDURA A TERMO - DESTITUIÇÃO FUNCIONAL POR ÓRGÃO ESTRANHO A CHEFIA DO PODER EXECUTIVO - RELEVO

JURÍDICO DO TEMA - PERICULUM IN MORA - SUSPENSÃO CAUTELAR DEFERIDA . A SUBORDINAÇÃO CONSTITUCIONAL DA POLÍCIA CIVIL AO GOVERNADOR DO ESTADO (CF, ART. 144, PARÁGRAFO 6.) ACENTUA A INTEGRAÇÃO DO ORGANISMO POLICIAL NA ESTRUTURA INSTITUCIONAL DO PODER EXECUTIVO E DESTACA, NA ESFERA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LOCAL, A PRIMAZIA POLÍTICO-JURÍDICA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DESSA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. OS PRECEITOS ORA IMPUGNADOS, INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO, PARECEM RESTRINGIR - COM OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - A COMPETÊNCIA JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DO GOVERNADOR DO ESTADO, AFETADA, EM SEU EXERCÍCIO, POR UM SISTEMA DE CO-PARTICIPAÇÃO POPULAR NÃO AUTORIZADO, PRIMA FACIE, PELO TEXTO DA LEI FUNDAMENTAL. AO RELEVO JURÍDICO DO TEMA, ASSOCIA-SE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DO PERICULUM IN MORA, A JUSTIFICAR O DEFERIMENTO DO PROVIMENTO CAUTELAR REQUERIDO.” (ADI 244 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno DJ 25-05-1990 – GRIFEI)

A Constituição Federal, ao tratar dos órgãos Administração Pública, frisou aqueles que oportunamente deviam ter asseguradas suas autonomias. Ao Poder Judiciário, conforme art. 99, foi assegurada autonomia administrativa e financeira, bem como a possibilidade de elaborar suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Ao Ministério Público, em seu art. 127, § 2º e § 3º, a Constituição tratou de dispor sobre a autonomia funcional e administrativa, garantindo igualmente a possibilidade de dispor sobre suas propostas orçamentárias. Ainda, no art. 207, assegurou as universidades autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.

O legislador constituinte foi rigoroso quanto ao critério de atribuição de autonomia aos órgãos da Administração Pública. Por outro lado, foi taxativa quanto a necessidade fundamental de submissão das policiais e corpos de bombeiros militares, bem como das polícias civis, aos Governadores dos Estados.

Como acertadamente opinou o Procurador-Geral da República:

“Da interpretação dessas normas, constata-se que a Constituição do Brasil, ao tratar da polícia civil, não emprestou à carreira de

delegado de polícia nem a outros cargos policiais o perfil e a autonomia pretendidos pela emenda constitucional paulista, que atribuiu prerrogativa de independência funcional ao cargo de delegado de polícia.

A falta de previsão constitucional sobre (inexistente) independência funcional da atividade policial constitui típica e evidente hipótese de silêncio eloquente. Certas omissões do legislador não importam em lacuna, mas significam decisão de não estender certa disciplina jurídica a determinadas situações, por ser descabido fazê-lo, de forma que não é cabível aplicação de analogia.

Quando o poder constituinte o quis, previu expressamente prerrogativas e garantias para carreiras, fez isso em abundância, por sinal, e definiu, como funções essenciais à justiça, as atividades adequadas a tanto. Não há espaço para inovação nessa matéria pelo poder constituinte decorrente, que deve respeitar o tratamento constitucional, em razão do princípio da simetria e da própria natureza das coisas.” (eDOC 22, p. 7-8)

Não foram raras as vezes em que Supremo Tribunal Federal se pronunciou pela impossibilidade de atribuição de autonomia aos organismos integrantes da Segurança Pública. Nesse sentido, destaco os seguintes acórdãos:

“LEI COMPLEMENTAR 20/1992. ORGANIZAÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA CIVIL ESTADUAL. AUTONOMIA FUNCIONAL E FINANCEIRA. ORÇAMENTO ANUAL. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE NO CONTROLE ABSTRATO. PRERROGATIVA DE FORO. EXTENSÃO AOS DELEGADOS. INADMISSIBILIDADE. DIREITO PROCESSUAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. AFRONTA AO MODELO FEDERAL. 1. Ordenamento constitucional. Organização administrativa. As polícias civis integram a estrutura institucional do Poder Executivo, encontrando-se em posição de dependência administrativa, funcional e financeira em relação ao Governador do Estado (artigo, 144, § 6o, CF). 2. Orçamento anual. Competência privativa. Por força de vinculação administrativo-constitucional, a competência para propor orçamento anual é privativa do Chefe do Poder Executivo. 3. Ação direta de inconstitucionalidade. Norma infraconstitucional. Não-cabimento. Em sede de controle abstrato de constitucionalidade é vedado o exame do conteúdo das normas jurídicas infraconstitucionais. 4. Prerrogativa de foro. Delegados de Polícia.

Esta Corte consagrou tese no sentido da impossibilidade de estender-se a prerrogativa de foro, ainda que por previsão da Carta Estadual, em face da ausência de previsão simétrica no modelo federal. 5. Direito Processual. Competência privativa. Matéria de direito processual sobre a qual somente a União pode legislar (artigo 22, I, CF). 6. Aposentadoria. Servidor Público. Previsão constitucional. Ausência. A norma institui exceções às regras de aposentadoria dos servidores públicos em geral, não previstas na Lei Fundamental (artigo 40, § 1º, I, II, III, a e b, CF). Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte.” (ADI 882, Relator (a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, DJ 23-04-2004)

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 61/2012 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATRIBUIÇÃO DE STATUS DE FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E DE INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL AO CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO, NO PROCESSO LEGISLATIVO, DO GOVERNADOR DO ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL (CF, ART. 144, §6º). PROCEDÊNCIA. 1. A Emenda Constitucional 61/2012 de Santa Catarina conferiu status de carreira jurídica, com independência funcional, ao cargo de delegado de polícia. Com isso, alterou o regime do cargo e afetou o exercício de competência típica da chefia do Poder Executivo, o que viola a cláusula de reserva de iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, “c”, extensível aos Estados-Membros por força do art. 25 da CF). 2. O art. 144, § 6º, da CF estabelece vínculo de subordinação entre os Governadores de Estado e as respectivas polícias civis, em razão do que a atribuição de maior autonomia aos órgãos de direção máxima das polícias civis estaduais, mesmo que materializadas em deliberações da Assembleia local, mostra-se inconstitucional. 3. Ação direta julgada procedente.” (ADI 5520, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe 20-09-2019)

Resta evidente, portanto, que norma do poder constituinte decorrente que venha a atribuir autonomia funcional, administrativa ou financeira a outros órgãos ou instituições que não aquelas especificamente constantes da Constituição Federal, padece de vício de inconstitucionalidade material, por violação ao princípio da separação dos poderes.

De igual modo, é cediço o posicionamento da Corte quanto ao Ministério Público como titular da ação penal pública, único legitimado para ponderar sobre o oferecimento da denúncia ou, nos casos, em que couber, seu arquivamento. Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS” - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE CONCUSSÃO ATRIBUÍDOS A POLICIAIS CIVIS - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS AGENTES POLICIAIS - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AOS POLICIAIS - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO “PARQUET” - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO “McCULLOCH v. MARYLAND” (1819) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - “HABEAS CORPUS” INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a “informatio delicti”. Precedentes. - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. - A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o “dominus litis”, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua “opinio delicti”, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição 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-orgânica 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 87610, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 04-12-2009 - GRIFEI)

"HABEAS CORPUS. INQUERITO POLICIAL. COMO INSTRUMENTO DE DENUNCIA, O INQUERITO POLICIAL NÃO ESTA SUJEITO A FORMAS INDECLINAVEIS, ORDENADAS EM SEQUENCIA NECESSARIA. NÃO TEM O INDICIADO, PORTANTO, DIREITO A OPOR-SE A REALIZAÇÃO DE UM DOS ATOS INVESTIGATORIOS QUE O INTEGRAM O RECONHECIMENTO, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE, POR INTERFERENCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NÃO SERÃO NECESSARIAMENTE REALIZADOS TODOS OS DEMAIS ATOS DESSE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PODE, POIS, O MINISTÉRIO PÚBLICO REQUISITAR A INSTAURAÇÃO DE INQUERITO POLICIAL, ESTABELECENDO QUE SE PROCEDA A UMA DILIGENCIA PRELIMINAR, DE CUJO RESULTADO, A SEU CRITÉRIO COMO TITULAR QUE E DA AÇÃO PENAL PÚBLICA, DEPENDERA A REALIZAÇÃO, OU NÃO, DOS DEMAIS ATOS QUE A LEI DETERMINA EM RAZÃO DA EFICIENCIA DA ATIVIDADE INVESTIGATORIA, E NÃO COMO PROCEDIMENTO

OBRIGATORIO CUJA OBSERVANCIA POSSA SER EXIGIDA PELA DEFESA. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (RHC 58849, Relator(a): MOREIRA ALVES, Segunda Turma, DJ 22-06-1981)

Nesse sentido, verifico que o dispositivo impugnado, ao conferir autonomia à carreira de delegado, atribuir independência funcional aos Delegados de Polícia Civil, incluir a categoria entre as funções essenciais à Justiça e ampliar seu rol de competências, incorreu em ofensa aos artigos 129, I, VI e VIII; e 144, § 6, da Constituição Federal.

Ante o exposto, julgo procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade, em sua integralidade, da Emenda Constitucional 35, de 3 de abril de 2012, do Estado de São Paulo, que alterou o art. 140 da Carta Paulista.

Plenário Virtual - minuta de voto - 04/12/2012 00:00