

IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V - promover a ação penal por abuso de poder.”

Lei nº 8.625/93:

“Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.”

Destarte, o caráter meramente regulamentar da norma questionada inviabiliza a instauração do processo objetivo de fiscalização normativa, uma vez que o parâmetro imediato de controle não repousa no Texto Constitucional, e sim nas leis regulamentadas. Assim, eventual excesso no exercício do poder regulamentar implicaria crise de ilegalidade em face das disposições da Lei Complementar nº 75/93 e da Lei nº 8.625/93, o que, entretanto, não é dirimível pela via do controle normativo concentrado.

Especificamente sobre a regulamentação do controle externo da atividade policial, note-se que esse Supremo Tribunal Federal já decidiu pela inviabilidade do ajuizamento de ação direta tendo por objeto provimentos de natureza secundária editados por órgãos do Ministério Público. Confira-se:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Dispositivos do Provimento nº 07, de 02 de outubro de 1997, do Corregedor-Geral da Justiça e do Ato PGJ nº 093, de 02 de outubro de 1997, do Procurador-Geral de Justiça, ambos do Estado de Pernambuco. - Provimentos que não são regulamentos autônomos de textos constitucionais para disciplinar, ainda que parcialmente, o controle externo da atividade policial, pois os dispositivos impugnados não dão ao Ministério Público esse controle. - Ademais, esse controle é regulado em leis federais e estadual, e se os textos atacados ultrapassaram o nelas estabelecido ou com elas entrarem em choque, estar-se-á diante de hipótese de ilegalidade, o que escapa do contrato de constitucionalidade dos atos normativos. - O mesmo se dá se os dispositivos impugnados atentarem contra quaisquer normas de processo penal. Ação direta que, preliminarmente, não é conhecida.”
(ADI nº 1968, Relator: Ministro Moreira Alves, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 01/02/2000, Publicação em 04/05/2001; grifou-se).

Nesses termos, a presente ação direta não comporta conhecimento.

II.II – Da ausência de procuração com poderes específicos

Ressalte-se, ademais, que a procuração apresentada pelo requerente não confere ao advogado signatário da petição inicial poderes específicos para impugnar o diploma normativo hostilizado.

Com efeito, a procuração referida não contém menção específica à Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que constitui o objeto da presente ação direta. Tal formalidade é considerada indispensável por esse Supremo Tribunal Federal para que conheça de ação direta de inconstitucionalidade. Veja-se:

“É de exigir-se, em ação direta de inconstitucionalidade, a apresentação, pelo proponente, de instrumento de procuração ao advogado subscritor da inicial, com poderes específicos para atacar a norma impugnada.”

(ADI-QO nº 2187/BA, Relator: Ministro Octavio Gallotti, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 24/05/2000, Publicação em 12/12/2003).

Pelo exposto, impõe-se o não conhecimento da ação direta.

III – DO MÉRITO

Como visto, o requerente afirma, em síntese, que o diploma hostilizado permitiria ao Ministério Público realizar diretamente a investigação criminal e desempenhar “*controle concentrado*” sobre os órgãos policiais, o que ensejaria, a seu ver, o reconhecimento da inconstitucionalidade material do ato sob invectiva, especialmente por vulnerar a autonomia da investigação policial (artigo 144 da Constituição).

Passa-se, então, ao exame do objeto da presente ação direta, que será realizado em tópicos distintos, em consideração aos diversos argumentos apresentados pelo requerente.

III.1 – Do regime constitucional da investigação criminal

Para melhor compreensão acerca da disciplina a que está sujeita a atividade de investigação criminal, cumpre destacar o que prescreve o Texto Constitucional a respeito da matéria. Confira-se, nesse sentido, o que dispõem os artigos 129 e 144 da Carta Magna, *in verbis*:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

1 – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
(...)

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

(...)

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:

I – Polícia Federal;

II – Polícia Rodoviária Federal;

III – Polícia Ferroviária Federal;

IV – Policiais Civis;

V – Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares.

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

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;
III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
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.”
(grifou-se).

Conforme se depreende dos dispositivos transcritos, o Poder Constituinte, ao tempo em que concedeu atribuição institucional ao Ministério Público para **promover** procedimentos investigatórios e inquisitórios na proteção de direitos difusos e coletivos – todos de natureza civil –, outorgou às Polícias Federal e Civil a competência para o exercício das atividades de polícia judiciária.

Ao mencionar a lição de Álvaro Lazzarini⁶, a fim de diferenciar os conceitos de *polícia administrativa* e *polícia judiciária*, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que “a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age.”⁷.

⁶ In RJTJSP, v. 98:20-25.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 111.

Observa-se, pois, que as funções de polícia judiciária se preordenam à apuração – para fins de repressão – dos ilícitos penais. Nesse ponto, o Texto Constitucional é taxativo ao afirmar que essa função de apuração de infrações penais compete aos órgãos elencados no artigo 144 da Carta Magna.

É conhecida nas letras jurídicas a tese – geralmente defendida por membros do Ministério Público – segundo a qual a função investigatória criminal seria um “*poder implícito*” outorgado pela Lei Magna ao órgão ministerial, uma vez que a ele foi conferida a competência de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, bem como a atribuição de exercer o controle externo da atividade policial, abrindo-lhe espaço, implicitamente, para a realização direta de tais atividades.

No entanto, tal interpretação revela-se em descompasso com a literalidade dos dispositivos constitucionais referidos.

Em verdade, sabe-se que a interpretação literal não é suficiente para a total apreensão do fenômeno normativo, sendo certo que Savigny já alertava sobre a necessidade de que tal método fosse conjugado com outros meios interpretativos (interpretação sistemática, histórica, teleológica, dentre outras). Sabe-se, ademais, que a moderna hermenêutica assevera que a norma não é pressuposto do labor interpretativo, mas o seu resultado. Consoante Friedrich Müller, autor da teoria estruturante do Direito, o texto da Constituição ou da lei é “*apenas a ponta do iceberg normativo*”⁸.

⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 38.

A despeito disso, a literalidade do dispositivo apresenta-se como limite ao trabalho hermenêutico. Não se pode atribuir a dispositivo legal exegese que desborde, por completo, das interpretações possíveis e socialmente aceitáveis de seus termos.

Nesse sentido, cumpre consignar que a interpretação constitucional, como observa Inocêncio Mártires Coelho, é atividade que deve ser iniciada pela análise do sentido literal da norma, a fim de que a tarefa de fixar seu real significado não se torne algo despropositado, totalmente desvinculado da intenção do Constituinte. Veja-se:

“No particular, isso significa, também, que ao aplicador do direito – por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, nem tampouco ir além do seu sentido linguisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela comunidade e para ela funciona como limite da interpretação.

Essa é a razão por que, em paradoxo só aparente, Umberto Eco observa que todo discurso sobre a liberdade de interpretação deve começar por uma defesa do sentido literal, advertência que se mostra óbvia se tivermos presentes que, sem um significado central, que lhes balize os movimentos, serão erráticas todas as oscilações semânticas.”⁹

Desse entendimento não diverge Luís Roberto Barroso. A propósito, confira-se:

“As palavras tem sentidos mínimos que devem ser respeitados, sob risco de se perverter o seu papel de transmissoras de ideias e significados. É a interpretação gramatical ou literal que delimita o espaço dentro do qual o intérprete vai operar, embora isso possa significar zonas hermenêuticas muito extensas. A esse propósito, já decidiu o Tribunal Federal alemão: ‘Através da interpretação não se pode dar a uma lei inequívoca em seu texto e em seu sentido, um sentido oposto; não se pode determinar de novo, no fundamental, o

⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 67.

conteúdo normativo da norma que há de ser interpretada; não se pode faltar ao objetivo do legislador em um ponto essencial.”¹⁰

Tais considerações afiguram-se pertinentes a fim de demonstrar o desacerto da interpretação que pretende atribuir ao Ministério Público o poder de realizar investigações criminais sob o pretexto de exercer essa atividade como um *poder implícito*. Ora, partindo-se do limite interpretativo imposto pela literalidade do texto dos citados artigos 129 e 144 da Carta Maior, revela-se evidente que não se pode considerar implícita uma competência quando a Constituição a outorgou – **de modo explícito** – a outro órgão.

Noutras palavras, constata-se não ser adequado sustentar a prevalência da tese segundo a qual “*quem pode o mais, pode o menos*”, em um campo em que o Constituinte declarou a sua vontade e consignou, expressamente a outro órgão, a atribuição que o Ministério Público pretende ver englobada.

A esse respeito, faz-se oportuna a referência ao entendimento de Luís Guilherme Vieira. Confira-se:

“Não é pelo fato de o Ministério Público poder o mais (controle externo das atividades da polícia judiciária e legitimidade ativa para promover os processos de natureza penal pública) que o legislador, implicitamente (‘teoria dos poderes implícitos’), lhes conferiu poder o menos (investigar crimes), em virtude de limitações legais (explícita limitação àqueles argumentos sofistas). São singelas regras, demarcadas por claras linhas divisórias, que hão de ser respeitadas em uma República que se pretende oxigenada. Nos países democráticos, cada cidadão exerce sua missão na sociedade, com independência funcional, mas dentro dos hígidos parâmetros constitucionais e legais, não se permitindo que um invada as funções do outro. Devem, todos, sim, trabalhar como um time, com

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 122.

vista a atingir o fim almejado: salvaguardar o Estado de Direito Democrático.”¹¹ (grifou-se).

A aplicação, à matéria em exame, da teoria dos poderes implícitos também é refutada por Maurício Zanóide de Moraes:

“Nesse passo deve ser ponderado que a teoria dos poderes implícitos não se aplica em temas nos quais a Constituição foi clara ao dividir atribuições. É o caso da leitura de seu artigo 144, no qual está explícita a atribuição da investigação preliminar dos crimes à Polícia Judiciária (Federal e Estadual). Querer utilizar regra de hermenêutica apenas aplicável nas hipóteses de silêncio legislativo em casos em que a Lei Magna é clara, representa tergiversar de modo inconstitucional. A impropriedade do uso da teoria dos poderes implícitos nesse ponto ganha mais ênfase se verificarmos que a premissa do argumento, nesse tema (poderes investigatórios criminais do Ministério Público), é falsa, pois toma a atividade investigativa e a acusação judicial como atos da mesma natureza jurídica, para daí estender que poderão ser feitos pelo mesmo órgão. Os atos não têm a mesma natureza jurídica e não estão postos de forma hierárquica pela qual a investigação seria o menos e a ação penal seria o mais. Não se pode confundir anterioridade com prevalência ou com intensidade. A investigação é anterior, não inferior à ação penal.”¹² (grifou-se).

Tais conclusões, no sentido de que cabe à polícia judiciária a investigação das infrações penais, são ratificadas por José Afonso da Silva. Veja-se:

“Esse dispositivo (art. 129, VIII, da CF) configura os limites investigatórios dos membros do Ministério Público, que não podem fazer mais do que requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. Requisitar a que órgãos? Àqueles que a Constituição deu competência para a apuração de infrações penais, que são a Polícia Federal e a Polícia Civil (art. 144, §§ 1º, I e IV, e 4º). As requisições têm que estar devidamente respaldadas por fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Nisso se resume a função investigativa do Ministério Público. Apesar disso, o

¹¹ VIEIRA, Luís Guilherme. **O Ministério Público e a investigação criminal**. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, Jan-Fev de 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 324.

¹² MORAES, Maurício Zanóide de. **Esgrimando com o Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: os inexistentes poderes investigatórios criminais do Ministério Público**. Artigo publicado na Revista do Advogado nº 78, Ano XXIV, Setembro de 2004. p. 69/70.

Ministério Público, por atos normativos internos, vem dando-se o poder de investigação criminal direta. Isso vai para além de sua competência, porque a função investigativa – ou seja, as funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais – foi atribuída à Polícia Civil (art. 144, §§ 1º e 4º).”¹³

O entendimento ora propugnado foi acolhido por essa Suprema Corte no julgamento do RHC nº 81.326. A propósito, confira-se:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIRÃO. ILEGITIMIDADE. 1. PORTARIA. PUBLICIDADE A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRIRÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido.”

(RHC nº 81.326, Relator: Ministro Nelson Jobim, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 06/05/2003, Publicação em 01/08/2003; grifou-se).

No mesmo sentido, registrem-se os seguintes julgados:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação

¹³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 602/603.

penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido.”

(RE nº 233.072, Relator: Ministro Néri da Silveira, Relator para o acórdão: Ministro Nelson Jobim, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 18/05/1999, Publicação em 03/05/2002);

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido.”

(RE nº 205.473, Relator: Ministro Carlos Velloso, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 15/12/1998, Publicação em 19/03/1999).

Não obstante as considerações doutrinárias e as referências jurisprudenciais a respeito do tema, cumpre consignar que, no âmbito do Congresso Nacional, já houve Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 197/2003 – Dep. Antonio Carlos Biscaia¹⁴) que pretendia alterar a redação do inciso VIII do artigo 129 do texto da Lei Maior, incluindo, dentre as atribuições do Ministério Público, a possibilidade de realizar investigação criminal.

Afigura-se importante a menção a tal proposição, pois a intenção de modificar o texto da Carta Magna, a fim de conferir referida atribuição ao Ministério Público, demonstra que a atual conformação constitucional não legitima o exercício dessa competência pelo órgão ministerial. É o que também conclui Antonio Scarance Fernandes:

¹⁴ A proposta, arquivada em 2007, pretendia a seguinte alteração: “Art. 129 – (...) VIII – promover investigações, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”