

“O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em sua constituição plenária, na sessão realizada em agosto do ano de 2004, manifestou-se, à unanimidade, pela inconstitucionalidade da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público. Reforçando o reconhecimento dessa inconstitucionalidade, no inquérito 1.968-DF, que tramita no Supremo Tribunal Federal, subscreveram memoriais as seguintes entidades: Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCrim), Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Instituto de Criminologia e Polícia Criminal (ICPC), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto Manoel Pedro Pimentel (IMPP) e Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC).”¹⁴

Diante de tais argumentos, revela-se fora de dúvida que o ordenamento constitucional não reservou o poder de investigação criminal ao Ministério Público, razão pela qual as normas que disciplinam tal atividade devem ser declaradas inconstitucionais.

3. 2 – A pretensa atribuição de investigação criminal pelo Ministério Público e o controle desta atividade – a garantia do devido processo legal:

A noção de controle da atividade administrativa é bem resumida por José dos Santos Carvalho Filho como sendo *“o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.”¹⁵*

O controle externo das atividades da polícia judiciária é incumbência constitucional do Ministério Público. Da mesma maneira, na condução do inquérito policial, a função ministerial pública assume extrema

¹⁴ *In* A inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, Mai-Jun de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.

¹⁵ *In* Manual de Direito Administrativo. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 855.

relevância, pois através dela é que se processa esse controle sobre a atividade de investigação¹⁶, realizada pela polícia judiciária. À autoridade judiciária cabe apenas o poder de aceitar – ou não – o pedido de arquivamento do inquérito policial conduzido pela autoridade policial, sob controle do Ministério Público (CPP, art. 28). Nas hipóteses de competência do chefe do Ministério Público (Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República), ou mesmo nos casos em que essa autoridade ratifica a manifestação de arquivamento anteriormente consignada, o pedido deve ser acatado pelo órgão judiciário.

Afigura-se pertinente destacar que são funções do Ministério Público o controle e a fiscalização da atividade policial, não se apresentando legítimo que esse órgão controlador assumira as atribuições do órgão controlado a fim de realizá-las. Nesse caso, a atividade ministerial estaria a salvo de qualquer controle externo, o que não se compactua com a estrutura do Estado Democrático de Direito¹⁷.

Acresça-se, nessa perspectiva, que a atividade de investigação criminal, materializada – na maioria das vezes – pelo inquérito policial, é sigilosa. A propósito, confira-se o texto do art. 20, do Código de Processo Penal: *“A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”*

¹⁶ Cite-se, como exemplo, o art. 16 do Código de Processo Penal: *“O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.”*

¹⁷ V. art. 1º da Constituição da República.



Desse modo, a partir do momento em que o Ministério Público se utiliza de sua estrutura e garantias institucionais a fim de realizar – de modo direto – investigações criminais, **atua em sigilo e isento de fiscalização em sua estrutura administrativa**. A Carta Maior organizou a atividade de persecução criminal dotando a polícia de atribuição para a colheita prévia de elementos probatórios, sempre sob os olhares atentos do Ministério Público, a fim de que este possa avaliar – na qualidade de defensor da ordem jurídica – se é caso ou não de deflagrar a ação penal cabível. Os mecanismos de controle da atividade de investigação criminal previstos pela Constituição serão, pois, simplesmente descartados se o *Parquet* realizar, diretamente, esse mister.

Dessa maneira, diante do sigilo ínsito e necessário às investigações, bem como da ausência de controle sobre elas, é lícito afirmar que, caso conduzidas pelos órgãos ministeriais, não haverá mecanismos extra-jurisdicionais, v.g., para se aferir se os prazos legais estão sendo cumpridos (CPP, art. 10).

A esse respeito, cite-se entendimento manifestado por Fernanda Dias Menezes de Almeida, ao analisar a incompatibilidade do sigilo com a limitação do poder:

“A favor da necessidade de se fiscalizar o poder há um sentimento generalizado, creditando-se, muitas vezes, à fragilidade de mecanismos de controle muitos dos problemas da democracia contemporânea. É o que faz, por exemplo, Karl Loewenstein, ao afirmar que ‘o atual retrocesso que experimento a liberdade se reflete na pouca força ou na eliminação das chamadas instituições de controle’.”¹⁸

¹⁸ *In* O sigilo no sistema democrático. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Organização Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanóide de Moraes. Editora DPJ: São Paulo, 2005, p. 232.

Acresça-se que o acerto do perfil constitucional acerca da investigação criminal – de natureza acusatória – que destina à polícia judiciária a condução de tal tarefa, possui também relação estreita com a manutenção da imparcialidade do membro titular da ação penal, no caso, o órgão ministerial público. Acerca do tema, vale consignar, uma vez mais, as lições precisas – e incisivas – de Maurício Zanóide de Moraes:

“(…) Não pode o Ministério Público proceder a diligências preliminares e diretamente conduzidas e executadas por ele para, ao final de seu trabalho, julgar se este seu próprio trabalho (investigativo), sua própria atividade foi boa ou ruim, ou seja, se os seus atos de investigação produziram ou não elementos de convicção suficientes e legitimadores de uma acusação com justa causa. Parece um tanto difícil ao ser humano reconhecer que um trabalho por ele mesmo empreendido não seja bom o suficiente para ele próprio iniciar uma ação penal.

Neste ponto é que reside a crítica de que o Ministério Público que investiga diretamente perde a imparcialidade que deveria possuir. A Súmula nº 234 do Superior Tribunal de Justiça é bem clara em separar as situações, pois assegura que ‘a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia’, mas não trata da condução e realização direta da investigação pelo próprio Ministério Público. ‘Participar’, requisitando diligências e controlando as atividades policiais, as quais são atribuições constitucionais (art. 129, incisos VII e VIII, CF), é bem diferente de ‘realizar’ as investigações diretamente, como pretendem alguns integrantes do Ministério Público.”¹⁹
(sem destaques no original).

Não menos contundentes as palavras de José Carlos Fragoso:

“Não é possível. (...) permitir que o Ministério Público possa acumular as funções de investigador (que a ninguém presta contas), e de instituição encarregada de promover a persecução criminal. Trata-se de um acúmulo perigoso de atribuições, que, sobre ser ilegal e inconstitucional, é absolutamente

¹⁹ Ob. Cit. p. 68.

inconveniente, pois dá lugar, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis.²⁰ (sem destaques no original).

Assim sendo, deve-se ter por ilegítimo qualquer procedimento investigatório criminal realizado diretamente por órgão ministerial público, uma vez que tal atividade ocorrerá em sigilo e sem qualquer controle de outros órgãos públicos, abalando, diretamente, a garantia do *due process of law*.

Diante de tais argumentos, percebe-se que a atribuição investigatória criminal a ser assumida pelo Ministério Público não se compatibiliza com o ordenamento jurídico-constitucional, devendo os atos normativos que o respaldam ser declarados írritos por esse Supremo Tribunal Federal.

3.3 – Outras considerações

Por derradeiro, insta tecer algumas considerações históricas a respeito da função do Ministério Público nas investigações criminais na experiência jurídica brasileira, bem como acerca dessa atividade no direito comparado.

No que se refere à experiência de investigação criminal e sua relação com o Ministério Público, salutares as considerações do então Ministro dessa Suprema Corte, Nelson Jobim, que bem resume a questão²¹:

²⁰ In “São ilegais os ‘procedimentos investigatórios’ realizados pelo Ministério Público Federal. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, vol. 10, n. 37, p. 241-251, jan-mar 2002.

²¹ Voto vencedor no RHC nº 81.326/DF. DJ de 01.08.2003.

“Em 1936, o Ministro da Justiça VICENTE RÁO, tentou introduzir, no sistema processual brasileiro, os juizados de instrução.

A Comissão da Segunda Secção do Congresso Nacional do Direito Judiciário, composta pelos Ministros BENTO DE FARIA, PLÍNIO CASADO e pelo Professor CERQUEIRA GAMA, acolheu a tese no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.

Ela, entretanto, não vingou.

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal o Ministro FRANCISCO CAMPOS ponderou acerca da manutenção do inquérito policial.

*Leio, em parte a ponderação: ‘... O preconizado **juízo de instrução**, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e **indicar** testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis...’*

Prossigo.

A POLÍCIA JUDICIÁRIA é exercida pelas autoridades policiais com o fim de apurar as infrações penais e a sua autoria (CPP, art. 4º).

O inquérito policial é o instrumento de investigação penal da POLÍCIA JUDICIÁRIA.

É um procedimento administrativo destinado a subsidiar o MINISTÉRIO PÚBLICO na instauração da ação penal.

*A legitimidade histórica para a condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias, é de **atribuição exclusiva da polícia**.*

Nesse sentido, leio em ESPÍNDOLA FILHO:

*‘...a investigação da existência do delito e o descobrimento de vários participantes de tais fatos, reunindo os elementos que podem dar a convicção da responsabilidade, ou irresponsabilidade dos mesmos, com a circunstância, ainda, de somente nessa fase se poderem efetivar algumas diligências de **atribuição exclusiva da polícia**.’*

Com essa orientação, há precedente de NELSON HUNGRIA, neste Tribunal (RHC 34.827).

Leio, em seu voto:

‘... o Código de Processo Penal... não autoriza, sob qualquer pretexto, semelhante deslocação da competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do M.P. na investigação do crime...’.

Até a promulgação da atual Constituição, o MINISTÉRIO PÚBLICO e a POLÍCIA JUDICIÁRIA tinham seus canais de comunicação na esfera infraconstitucional.

A harmonia funcional ocorria através do Código de Processo Penal e de leis extravagantes, como a Lei Complementar 40/81, que disciplinava a Carreira do MINISTÉRIO PÚBLICO.

Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA CIVIL, o processo de instrução presidido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO voltou a ser debatido.

Ao final, manteve-se a tradição.

O Constituinte rejeitou as Emendas 985, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 w 30.315, que, de um modo geral, davam ao MINISTÉRIO PÚBLICO a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal.

A Constituição Federal assegurou as funções de POLÍCIA JUDICIÁRIA e apuração de infrações penais à POLÍCIA CIVIL (CF, art. 144, § 4º)."

Revela-se, dessa maneira, que a tradição jurídica pátria – mantida até os dias de hoje –, acerca das atividades de investigação criminal, outorga apenas à polícia o exercício desse mister.

Conforme salientado no judicioso voto acima citado, restou fracassada a tentativa de se incluir, no texto originário da Constituição da República de 1988, tal atribuição ao Ministério Público. Aludida constatação, caracterizada pela rejeição das emendas referidas no mencionado julgamento, dá a correta dimensão acerca da vontade do Constituinte de afastar do órgão ministerial público das atividades de investigação criminal.

Quanto às experiências investigatórias criminais do Ministério Público nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, cumpre consignar que a simples referência à possibilidade de os membros dessa instituição, em outros países, poderem conduzir investigações criminais de modo direto, merece ser contextualizada.

Com efeito, no Brasil vigora, desde remotos tempos, o sistema acusatório de persecução penal, com funções bem divididas entre a polícia judiciária (órgão investigador), Ministério Público (órgão de acusação) e Poder Judiciário (instância de julgamento).

Os paralelos que se pretendem fazer com os sistemas jurídicos europeus, que atribuem ao Ministério Público a função de investigar crimes, desconsideram que a estrutura orgânica da persecução penal do velho continente tem por base o sistema dos *juizados de instrução*, figura jurídica estranha ao perfil acusatório existente na estrutura jurídico-criminal pátria. A respeito da sistemática alienígena, esclarecedoras as palavras de Luis Guilherme Vieira:

“Como se vê, ainda que inquisidor no Velho Mundo, não resta o público ministério senhor absoluto do procedimento; as provas que colhe na sua atividade investigatória são submetidas a juiz e se estabelece contraditório antes mesmo da instauração do processo, ao contrário do que vem fazendo em terras patricias, onde a promotoria instaura o procedimento, decide que diligências e inquirições realizar (e as realiza ao seu talante), mantém a defesa técnica ao largo da investigação e, ao fim e ao cabo, oferece denúncia com base unicamente nesse inquérito ministerial secreto (por eles batizado de procedimento investigatório ou administrativo criminal, como se o eufemismo fosse capaz de suavizar o escopo precípua, que é a promoção, às avessas, do inquérito policial), com cores da Inquisição e de Kafka, temperado à moda de ditadura militar nacional, do qual, durante o andamento, a ninguém dá satisfações.”²²

Embora haja substanciosas manifestações doutrinárias nacionais em favor da sistemática dos *juizados de instrução* – e até propostas legislativas nesse sentido –, não se pode desconsiderar que *legem habemus*,

²² *Ob. Cit.* p. 312.



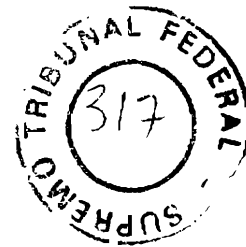
respaldando todo o sistema persecutório acusatório. Nessa estrutura, não confundíveis as funções de investigação, acusação e julgamento, devendo ser repelidas quaisquer tentativas de inversão em tal sistemática.

Cumpre, aliás, apenas para ressaltar as profundas diferenças entre os sistemas postos em comparação, citar breves considerações de Evaristo de Moraes Filho a respeito do sistema persecutório penal italiano:

“Há de ressaltar, porém, que o novo Código italiano preocupou-se em estabelecer uma diversificação de funções. ainda na fase preliminar, instituindo a figura do giudice per le indagini preliminari (art. 328), incumbido de manifestar-se sobre certas questões de natureza probatória, e competente para examinar o pedido de arquivamento, e, sobretudo, para decidir sobre a abertura da ação penal, após uma audiência de caráter contraditório, com possibilidade de colheita de novas provas. A presença deste juiz é a forma de controlar, indiretamente, a atuação do Ministério Público, como que em resposta à famosa indagação de Juvenal: Quid custodiet ipsos Custodes? Por fim, ratificando a tendência do séparatisme destacada por Pradel, o diploma peninsular não permite ao juiz que prolatou decisão na fase de audiência preliminar prosseguir funcionando nas etapas ulteriores do processo (art. 342).”²³

Diante de todo o exposto, resta evidente a insubsistência dos argumentos que buscam legitimar a função investigatória criminal por parte do Ministério Público, o que impõe a declaração de inconstitucionalidade das normas que visam instituir tal atribuição.

²³ In “Ministério Público e o inquérito policial”, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 5, n. 19, p. 105-110, jul-set 1997.



4 – DA CONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS II E III DO ART. 9º

Cabe registrar que, quanto aos incisos I e II do art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 1993, suscitou-se a preliminar de não conhecimento da ação. Todavia, acaso superado tal óbice, há que se reconhecer a constitucionalidade dessas normas que, respectivamente, **permitem ao Ministério Público ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais e acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial.**

Tais mecanismos de controle externo da atividade policial não são contrários a nenhuma disposição constitucional, encontrando amparo no art. 127 da Constituição Federal, bem assim no art. 129 da referida Carta, sobretudo em seu inciso VII, segundo o qual mencionado controle há de ser regulado mediante lei complementar e essa reserva foi observada pela União.

Com efeito, a lei complementar em que contidas as normas impugnadas foi editada pela União, no exercício da competência prevista no art. 128, § 5º, da Constituição da República, e dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

Saliente-se que os mecanismos hostilizados são de extrema importância para que o Ministério Público desempenhe suas funções institucionais, inclusive, a de controle externo da atividade policial, prevista no mencionado art. 129.



Hugo Nigro Mazzilli²⁴, ao tratar desse tema, registra que Senador Amir Lando, ao examinar emendas supressivas aos incisos I e II do artigo 9º, quando da tramitação do projeto de lei que deu origem à lei complementar federal, afirmou, em seu parecer, que tais prerrogativas são inerentes ao exercício do controle externo da atividade policial previsto no art. 129, VII, da Constituição Federal e que sem elas faltariam ao Ministério Público instrumentos essenciais à função que a Lei Maior lhe atribuiu.

Isto demonstra que o legislador federal entendeu que os mecanismos atacados estão perfeitamente englobados no sentido de controle externo da atividade policial imposta pela Lei fundamental, ou seja, atendem perfeitamente a intenção do constituinte no sentido de impor um sistema de freios e contrapesos sobre essas atividades.

Destaquem-se, por oportuno, os comentários do mencionado autor, que demonstram a importância do novo modelo de Ministério Público e do controle externo da atividade policial como sistema de freios e contrapesos adotado pela Carta de 1988:

“Importante novidade trazida pela Constituição de 1988 consistiu na atribuição institucional do Ministério Público de exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior. Importante, mas até agora praticamente inócua, pois que, na maioria dos Estados, muito pouco ou praticamente nada se fez de concreto nessa área, por falta de vontade política pra reverter o quadro atual.

Tendência constante nos trabalhos do constituinte de 1988, desde as primeiras comissões até a última votação foi a imposição de uma sistema comum de freios e contrapesos entre as diversas instituições. Como se sabe por poucos votos não se impusera já em

²⁴ Regime Jurídico do Ministério público, 6ª Edição, Rio de Janeiro: Saraiva, p. 335



1988 um controle externo sobre a Magistratura e o Ministério Público (Conselho Nacional de Justiça) – o que só acabou vindo a acontecer anos depois, por meio de emenda constitucional (EC nº 45/04); entretanto, mantiveram-se diversas formas de controle externo, como, por exemplo, sobre o Município, sobre entidades de administração direta e indireta; sobre o Distrito Federal; sobre a atividade policial.

Como temos dito, controles externos sempre são salutares – o que normalmente provoca maior polêmica é a forma de exercitar o controle. O controle externo faz parte da própria harmonia dos poderes, inserindo-se no sistema de freios e contrapesos.

E a polícia não precisa suportar controle externo? É lógico que dele não prescinde. Trata-se de uma necessidade da polícia e da própria sociedade. Toda atividade estatal não dispensa controle externo – até a pressupõe. É o sistema de checks and balances, a que nos termos referido, insito num Estado Democrático de Direito. [grifos apostos].

J.J. Gomes Canotilho²⁵, ao tecer comentários sobre o princípio da separação de poderes, afirma: “o que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o legislador, o governo ou o juiz fazem actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito de forma legítima”.

Assim, objetivando o controle externo da atividade policial, com vistas à implementação de um sistema de freios e contrapesos, fica afastada a alegação da requerente no sentido de que os incisos I e II do art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 1993, provocariam “incontroláveis conflitos com o Poder Executivo, ao qual são subordinadas as polícia federal, dos Estados e do Distrito Federal”.

²⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª Edição, Coimbra-Portugal: Almedina, 2002. P. 254.*

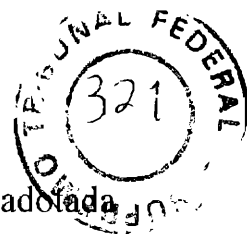
Enfim, há que se concluir que as normas impugnadas estão, também, em perfeita consonância com o art. 2º da Lei Fundamental, que cuida do princípio da separação dos poderes.

5 – DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 80 DA LEI FEDERAL Nº 8.625, DE 1993

Insurge a requerente, também, contra o art. 80 da Lei federal nº 8.625, de 1993, que determina **aplicação subsidiária da Lei Orgânica do Ministério Público da União** (Lei Complementar nº 73, de 1993), aos Estados, sustentando violação aos arts. 18, 22, inciso XVII, e 128, § 5º, todos da Constituição Federal.

A Lei federal nº 8.625, de 1993, institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispôs sobre as normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados. Nota-se, assim, que, somente após a edição da referida Lei Orgânica Nacional, passariam a União e os Estados-membros a exercer a competência prevista no art. 128, § 5º, da Constituição Federal, de editarem suas respectivas leis orgânicas.

Ressalte-se que a União, diante do comando geral estabelecido na referida Lei federal nº 8.625, de 1993, editou a Lei Complementar nº 75, de 1993, dispondo sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, e regulando, inclusive o controle externo da atividade policial imposto pelo inciso VII do art. 129 da Constituição Federal.



Contudo, no âmbito de alguns Estados, tal medida não foi adotada até hoje, o que demonstra o acerto do legislador federal na previsão de que poderia haver demora dos Estados-membros no disciplinamento da organização do Ministério Público estadual, inclusive de sua função de controle externo da atividade policial.

Por essa razão, supõe-se, cuidou o legislador federal de determinar a **aplicação subsidiária da Lei Complementar nº 75, de 1993**, a fim de evitar que o vácuo legislativo pudesse inviabilizar ao *Parquet* estadual o exercício de suas atribuições institucionais, por ausência de norma legal ou pela incompatibilidade das prescrições legais, até a época existentes, com a nova forma de controle externo da polícia instituída pela Constituição Federal de 1988.

A propósito, Hugo Nigro Mazzilli²⁶ assinala ser patente a incompatibilidade entre as normas **que impunham o sistema de corregedoria da Polícia judiciária pelo Poder Judiciário** com o controle externo que a Constituição de 1988 atribuiu ao Ministério Público, independentemente mesmo do advento da LOMPU ou das Leis complementares estaduais. Explica o autor:

“Mesmo antes da vigência da LOMPU, o comando constitucional já tinha produzido de jure um efeito que não tem sido até agora suficientemente notado. Ao prever que o Ministério Público deveria exercer o controle externo da atividade policial, posto ao mesmo tempo subordinasse a forma de controle ao advento de uma lei complementar, a Constituição estava editando uma norma de eficácia limitada ou reduzida, que só alcançaria a eficácia integral

²⁶ *Regime Jurídico do Ministério Público*, 6ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 507.



com a edição da respectiva lei complementar de cada Ministério Público. Entretanto, na doutrina constitucional está bem assente que mesmo normas de eficácia limitada ou reduzida produzem alguns efeitos imediatos e plenos, como a pronta derrogação de leis, atos ou normas que contrariem aquele dispositivo constitucional, ainda que este dependa para sua plena a eficácia, do advento de leis futuras.

Ora, algumas normas anteriores à Constituição de 1988 tornaram-se imediatamente incompatíveis com o sistema de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, instituído pela Constituição: são as que impunham a corregedoria da polícia judiciária pelo Poder Judiciário. Há patente incompatibilidade desse sistema com o controle externo que a Constituição atribui ao Ministério Público, independentemente mesmo do advento da LOMPU ou das Leis complementares estaduais, disponham estas sobre tal matéria ou não” [grifos apostos].

Dessa maneira, produzindo o art. 129, VII, da Constituição Federal efeitos jurídicos imediatos e plenos, não haveria óbice a que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público determinasse a aplicação subsidiária da Lei Orgânica do Ministério Público da União aos Estados-membros, principalmente no que tange ao controle externo da atividade policial, porque tal controle é exigência direta da norma constitucional mencionada.

Ressalte-se que, independentemente do art. 80 da Lei federal nº 8.625, de 1993, o novo modelo de controle externo da atividade policial adotado pelo mencionado art. 129 requer a aplicação, por analogia, das normas contidas na Lei complementar nº 75, de 1993, diante da derrogação das disposições estaduais existentes antes da Carta de 1988 sobre o assunto, bem como da ausência de providência dos Estados-membros de editarem as necessárias leis complementares exigidas pelo art. 128, § 5º, da Constituição Federal.

Aliás, nesse sentido, é oportuno repisar os argumentos contidos nas informações presidências (fl. 209), dos quais se destacam os seguintes excertos:

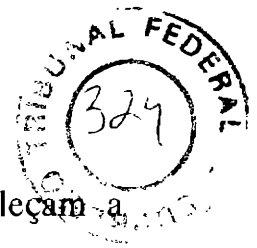
“Extrai-se, portanto, que analogia e aplicação subsidiária de normas integram uma mesma realidade. Esta, por assim dizer, ocorre no mesmo instante em que aquela se concretiza, sendo própria de sua dinâmica.

Ao se lançar mão do emprego da analogia, está se afirmando a insuficiência do diploma normativo principal para a solução da espécie demandada, partindo, então, em busca de outro, que, por sua semelhança, possa auxiliar, complementar, subsidiar o trabalho do operador do direito.

Tecidas essas considerações, nova leitura do art. 80 da LONMP irá demonstrar que, ao estabelecer a aplicação subsidiária da LOMPU, está o legislador federal a indicar a utilização da analogia aos aplicadores do direito, como meio de se suprir as eventuais lacunas das leis estaduais respeitantes ao Ministério Público”.

Ademais, o sistema organizacional do Ministério Público adotado pelo art. 128, incisos I e II, da Constituição da República, e a previsão contida no art. 127, § 1º, da referida Carta, atinente ao princípio institucional da indivisibilidade daquela instituição, justificam a aplicação subsidiária da Lei Complementar nº 75, de 1993, a fim de se assegurar aos membros do *Parquet* estadual a garantia de exercício do controle externo da atividade policial.

Além de tais considerações, deve-se salientar que o fato de haver norma legal determinando a aplicação subsidiária da Lei Complementar nº 75, de 1993, não implica ofensa ao princípio da autonomia dos Estados-membros consubstanciada, inclusive, no poder de autolegislação. Isso porque essa aplicação subsidiária não lhes retira esse poder, uma vez que tais entes, no exercício da competência prevista no art. 128, § 5º, da Lei Fundamental, têm



plena liberdade para editarem as leis complementares que estabeleçam a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público estadual.

Não há que se falar, também, em ofensa ao art. 22, VII, da Constituição Federal, porquanto a União, ao determinar a aplicação subsidiária da Lei Complementar nº 75, de 1993, aos Estados-membros, não legislou em lugar deles. Em outras palavras, não extrapolou a sua competência para legislar sobre organização do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. De fato, a aplicação é **subsidiária** e não substitutiva, como parecer, equivocadamente, entendido a requerente.

Desse modo, o art. 80 da Lei federal nº 8.625, de 1993, não afronta os arts. 18, 22, VII, e 128, § 5º, todos da Constituição Federal.

6 - CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se, em preliminar, pelo não conhecimento da ação no que tange à Resolução nº 20, de 23 de maio de 1993, do Conselho Nacional do Ministério Público, e aos incisos I e II do art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. No mérito, pugna pela inconstitucionalidade dos incisos V e IX do artigo 8º da referida lei complementar, bem como pela constitucionalidade dos incisos I e II do seu art. 9º e do art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).



São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do art. 103, § 3º, da Constituição Federal, e tendo em vista a orientação fixada na interpretação do referido dispositivo nas ADI's nºs 1.616/PE e 2.101/MS, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 24.08.2001 e 15.10.2001, respectivamente, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, 18 de agosto de 2009.


JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
Advogado-Geral da União