



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº 580-PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.271

*REQUERENTE : ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL
- ADEPOL-BRASIL*

REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

*REQUERIDO : PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉ-
RIO PÚBLICO*

RELATOR : MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Ação direta de inconstitucionalidade. Controle externo da atividade policial.

- Manifestação do AGU. Não há entendimento consolidado da Corte sobre o tema, o que torna indevida a orientação mitigada do munus do art. 103, § 3º. Cabe ao AGU a defesa da constitucionalidade do ato. Inadmissibilidade da guinada de posição dessa autoridade.

- Resolução 20, do CNMP, ato de natureza meramente regulamentar, a salvo de controle por ação direta de inconstitucionalidade.

- Pedido não pode ser conhecido quanto aos incisos I e II do art. 9º da LC 75/93, por ausência de impugnação específica.

- Constitucionalidade do art. 8º, V, da LC 75/93. O poder de investigação pelo MP resulta de (i) ausência de atribuição exclusiva à Polícia, pelo art. 144 da CF; (ii) literalidade do inciso VI do art. 129 da CF; (iii) unidade ontológica do fato ilícito; (iv) teoria dos poderes implícitos; e (v) direito da vítima a uma investigação pronta, completa e imparcial.

- O sentido da norma nunca é um dado em si mesmo. O art. 144, a partir de critério gramatical, não permite conclusão sobre caber à Polícia a exclusividade da investigação criminal. Infinitude de dispositivos constitucionais conferem poderes de investigação a diferentes órgãos e instituições. Leitura precisa do art. 129, I, VI e IX, da Constituição.

- O dever de proteção e a sua consequência lógica; o dever de investigar. Orientação de Cortes Internacionais é a de que a efetivação dos direitos humanos exige uma atuação positiva do Estado, de investigar os fatos que atentem contra as liberdades individuais.

- Controle externo da atividade policial. As medidas previstas na LC 75 estão em estrita conformidade com as finalidades a que se propõe.

- A Lei 8.625/93 é materialmente complementar. A previsão nela constante, de empréstimo, por subsidiariedade, de normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União, não tem vício de inconstitucionalidade algum.

- Parecer pelo conhecimento parcial da ação e, nessa parte, pela sua improcedência.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade em face dos artigos 8º, incisos V e IX, e 9º, incisos I e II, da Lei Complementar 75/93; 80 da Lei 8.625/93; e da Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007.

2. O requerente tem em vista o controle externo da atividade policial e sustenta, em relação aos dispositivos da LC 75, que a realização de correições pelo Ministério Público, mediante diligências investigatórias nas delegacias, inclusive com o poder de requisitar auxílio de força policial, sem autorização judicial, constitui violação aos arts. 84, II e VI; 61, § 1º, II, c, e 144, §§ 4º e 6º, todos da Constituição da República. Sustenta ainda que o MP, em sua função de controle externo da atividade policial, não exerce poder hierárquico, donde não lhe caber corrigir, diretamente, ilegalidades.

3. Investe, ainda, contra a previsão normativa do art. 80 da Lei 8.625, que manda aplicar subsidiariamente a lei orgânica da União aos Ministérios Públicos dos Estados, sob o entendimento de que há, no caso, violação aos arts. 18, 22, inciso XVII, e 128, § 5º, todos da Constituição. Alega que a norma, a um só tempo, estende indevidamente o âmbito espacial e funcional de uma lei complementar e atenta contra o pacto

federativo. Diz que, não fosse tal dispositivo, inexistiria, na lei referida, instituição de controle externo da atividade policial para os Estados.

4. Por fim, quanto à Resolução 20, do CNMP, sustenta que a mesma invadiu área reservada à lei complementar, em ofensa aos princípios da legalidade e da separação de poderes.

5. As informações prestadas pela Presidência da República amparam-se em parecer da Consultoria-Geral da União, aprovado, por sua vez, pelo Advogado-Geral da União. Neste, sustenta-se: (i) ilegitimidade ativa por ausência de pertinência temática; (ii) impossibilidade jurídica do pedido quanto à Resolução 20, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema na ADI 4220; e (iii) constitucionalidade dos dispositivos impugnados. É importante destacar que, no parecer aludido, há expressa defesa do poder de investigação pelo Ministério Público, com invocação, inclusive, de precedente dessa Corte (ff. 180/215).

6. O Advogado-Geral da União, já agora sob o suposto exercício da função que lhe é atribuída pelo art. 103, § 3º, da CF, sustenta longamente a inconstitucionalidade de interpretação que conduza ao poder de investigação direta pelo MP. À exceção da Resolução 20 e do art. 9º, I e II, da LC 75/93, os quais entende não merecerem conhecimento, tem os demais dispositivos por constitucionais.

7. É o relatório.

***DA MANIFESTAÇÃO DO AGU A TÍTULO DE EXERCÍCIO DA
FUNÇÃO EXPRESSA NO ART. 103, § 3º, DA CF.***

8. O dispositivo referido é do seguinte teor:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

9. A posição, de início, adotada pelo STF, foi aquela que decorre da literalidade da norma, ou seja, ao Advogado-Geral da União compete apenas a defesa incondicional do ato ou texto impugnado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Preliminar: exigência de defesa do ato ou texto impugnado pelo Advogado Geral da União. (...) A Constituição exige que o Advogado Geral da União, ou quem desempenha tais funções, faça a defesa do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade. Inadmissibilidade de ataque à norma por quem está no exercício das funções previstas no § 3º do art. 103.” (ADI 242, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 23-3-01).

"A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. Atuando como verdadeiro curador (defensor *legis*) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República." (ADI 1.254-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-8-96, DJ de 19-9-97).

“Atuando como verdadeiro curador da norma infraconstitucional - defensor *legis* - e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade no âmbito do sistema jurídico, não cabe ao Advogado-Geral da União ostentar posição processual a ela contrária, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. Nem se diga, finalmente, que, por ser de origem estadual a norma ora impugnada, não assistiria ao Advogado-Geral da União o encargo de defender-lhe a validade e a integridade jurídicas.” (ADI 1.350, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/08/96)

10. Posteriormente, conferiu-se um certo temperamento à norma:

“O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, §3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade.” (ADI 1.616, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 24-5-01, DJ de 24-8-01)

11. Donde se conclui, sem maior esforço, que a regra, no controle concentrado de constitucionalidade, é a defesa do ato normativo impugnado pelo Advogado-Geral da União. Excepcionalmente, quando já há entendimento consolidado do STF sobre sua inconstitucionalidade, é que se lhe permite manifestação nesse sentido. Cumpre-lhe, nessa hipótese, em razão mesmo do caráter de excepcionalidade, o ônus da argumentação.

12. O Advogado-Geral não se desincumbiu de tal ônus. Nem uma só linha é dedicada a demonstrar que já há, no âmbito dessa Corte, manifestação conclusiva a respeito do poder de investigação pelo MP, tendo-a por inconstitucional.

13. É bem verdade que tampouco conseguiria demonstração nesse sentido. A uma, porque o Plenário do STF ainda não tratou o tema de forma definitiva. A duas, porque, considerada a atual composição da Corte e os mais recentes votos sobre a matéria, a posição majoritária é pela constitucionalidade do poder de investigação pelo MP.

14. Nos autos do inquérito 1968/DF, votaram pela possibilidade de o MP realizar diretamente investigação criminal os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Eros Grau¹. A votação não chegou a ser concluída por ausência de incompetência superveniente, em razão de perda de prerrogativa de foro.

15. Mais recentemente, em 10/03/2009, no julgamento do HC nº 91.661/PE, a Segunda Turma do STF reconheceu, por unanimidade, que existe a previsão constitucional para o poder de investigação do MP. Conforme se depreende do extrato de ata, votaram nesse sentido todos os presentes à sessão de julgamento: Min. Ellen Gracie, relatora; Min. Cezar Peluso; Min. Celso de Mello; e Ministro Joaquim Barbosa.

16. Isso significa que, dos 11 integrantes atuais do STF, 6 já se manifestaram pela constitucionalidade das investigações criminais realizadas pelo Ministério Público.

17. Mesmo o Ministro Nelson Jobim, citado como exemplo de decisões contrárias ao poder investigatório pelo MP, chegou a concluir:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. ABUSO SEXUAL CONTRA MENOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR SINDICÂNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA).

O Ministério Público tem legitimidade para instaurar sindicância para a apuração de crimes

¹ Informativo STF nº 359

previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, inciso VII, da Lei 8.069/90).

Além da competência que lhe atribui o ECA, é pacífico o entendimento desta Corte de que o Ministério Público não necessita de inquérito policial para instaurar ação penal.

Caso que não se confunde com o RHC 81.326 que tratava de falta de legitimidade do Parquet para presidir ou desenvolver diligências pertinentes ao inquérito policial.

A questão relativa à infância e à juventude é regulada por lei especial que tem previsão específica (Lei 8.069/90). Habeas corpus indeferido.” (STF, Segunda Turma, HC 82865/GO, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Julgamento: 14/10/2003, Publicação: DJ DATA-30-04-04)

18. Aqui se revela, claramente, que não há impedimento, no texto constitucional, a que o MP realize diretamente investigações criminais. Diferente fosse, o ECA, no particular, seria inconstitucional.

19. Aliás, o Advogado-Geral da União, ele próprio, reconheceu a constitucionalidade do poder investigatório do MP, ao aprovar, como referido anteriormente, o parecer da Consultoria-Geral da União que consubstanciou as informações prestadas pela Presidência da República.

20. Todavia, quanto à atribuição definida no art. 103, § 3º, da CF, deixou de exercê-la, circunstância que merece destaque e não deve ser admitida por esse Supremo Tribunal Federal.

***DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO QUANTO À
RESOLUÇÃO 20, DO CNMP***

21. A matéria já foi decidida por essa Corte, na ADI 4220, que concluiu ser a Resolução 20, do CNMP, ato de natureza meramente regulamentar, a salvo de controle por ação direta de inconstitucionalidade:

7. A ação direta de inconstitucionalidade tem como pressuposto o cotejo entre atos normativos dotados de autonomia, abstração e generalidade e o texto da Constituição do Brasil, situação que não ocorre nestes autos.

8. A Resolução n. 20 do Conselho Nacional do Ministério Público constitui ato regulamentar subordinado às disposições constantes do artigo 9º da Lei Complementar n. 75/1993 e do artigo 80 da Lei n. 8.625/1993. A epígrafe da resolução impugnada indica expressamente sua finalidade --- regulamentar o artigo 9º da LC n. 75/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial.

9. O entendimento da Corte é firme no sentido de a ação direta não ser via adequada para a impugnação de atos regulamentares. Nesse sentido, a ADI n. 3.132, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 9.6.06; a ADI 2.535/MC, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 21.11.03; a ADI n. 1.670, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 8.11.02, e a ADI n. 996, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 6.5.94; também a ADI n. 767, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO; DJ de 18.6.93.

Nego seguimento a esta ação direta, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF.

***DA AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS
CONSTITUCIONAIS SUPOSTAMENTE VIOLADOS PELO ART. 9º, I
E II, DA LC 75/93.***

22. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, não obstante a causa de pedir, em ação direta de inconstitucionalidade, seja aberta, é dever processual da parte *identificar, na Constituição, em obséquio ao princípio da especificação das normas, os dispositivos alegadamente violados pelo ato normativo que pretende impugnar*². O requerente não teve esse zelo, ao menos em relação ao art. 9º, I e II, da LC

² ADI-MC 2.213, relator Ministro Celso de Mello, Pleno, DJ 23.4.2004

75/93, o que torna impossível conhecer o pedido quanto a esses dispositivos.

**DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º, INCISO V, DA LEI
COMPLEMENTAR 75/93**

(a) A interpretação sugerida pelo AGU

23. O parecer do Advogado-Geral da União sustenta que (i) o art. 144 da Constituição Federal é taxativo ao atribuir à polícia judiciária a apuração dos ilícitos penais com exclusividade; (ii) a teoria dos eventuais poderes implícitos do MP cede diante da literalidade do referido art. 144; (iii) há ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que a atividade ministerial se dá, nessa hipótese, em sigilo e isento de fiscalização em sua estrutura administrativa; (iv) tenta-se introduzir, sem a devida alteração constitucional, o sistema dos juizados de instrução.

24. Seria bastante razoável iniciar contestando os recursos hermenêuticos de que se vale o parecer: o gramatical e o histórico.

25. No primeiro caso, pela polissemia de toda e qualquer expressão. Wittgenstein é um dos primeiros a dizer que as palavras não se apresentam tal qual etiquetas que se colam às coisas. De resto, estão todos suficientemente de acordo em que *a presença de significado claro atesta a hegemonia, por assim dizer, de uma interpretação específica, não a ausência ou superfluidade da interpretação como tal*³.

26. O recurso ao legislador histórico, por sua vez, vem tendo a sua legitimidade recusada. A uma, porque, de há muito, rompeu-se com a

³ Martin Stone. *Focalizando o direito: o que a interpretação jurídica não é*, In: Direito e Interpretação – Andrei Marmor (org), trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 64-65

visão autoral do texto. Este ganha objetividade própria e se sujeita a leituras múltiplas. A duas, porque impede o movimento prospectivo fundamental ao Direito⁴.

27. O certo é que, na atualidade, não há muita divergência quanto ao fato de que *o sentido da norma nunca é um dado em si mesmo, como se resultasse de um apriorismo metafísico, mas somente pode ser entendido em correspondência com outras normas do ordenamento, com os valores históricos do tempo presente e do próprio ordenamento jurídico e, por fim, com as exigências da realidade social e do caso concreto*⁵.

28. Todavia, não é necessário gastar tempo em demasia com essa argumentação, uma vez que é também possível desconstruir o parecer do Advogado-Geral da União dentro de sua própria lógica.

29. A interpretação gramatical que sugere não lhe favorece. Veja-se o texto normativo:

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:
(EC nº 19/98)

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos 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:

⁴ Razão assiste a Roberto Bin. A personificação do legislador e a atribuição à sua obra — os atos normativos — de elementos volitivos que em verdade são projetados pelos intérpretes são, antes de tudo, estratégias para dotar o labor hermenêutico de uma aparência objetiva, visando a o tornar mais palatável e a escamotear a responsabilidade dos exegetas. BIN, Roberto. *Ragionevolezza e divisione dei poteri*. In: TORRE, Maximo La, SPADARO, Antonino. *La ragionevolezza nel diritto*. Turim: G. Giappichelli, 2002, p. 67.

⁵ José Ricardo Cunha. *Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica*, In *Hermenêutica Plural* – Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodrigues (orgs.), São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 336

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesse 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. (f. 100-101)

...

§ 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.

30. Há, quanto à Polícia Federal, uma distinção literal entre a apuração de crimes (inciso I) e o exercício da função de polícia judiciária (inciso IV). Apenas em relação a esta última é que há a cláusula de exclusividade.

31. Também em relação às polícias civis, há a diferenciação entre ambas as atividades (§ 4º), sem que se faça uso da cláusula de exclusividade para qualquer uma delas.

32. A leitura gramatical do dispositivo, portanto, só permite uma única conclusão: à Polícia Federal é reservada, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União⁶.

⁶ Clémerson Merlin Clève, *Investigação criminal e Ministério Público*, texto extraído do *Jus Navigandi*, <http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760>; Luiz Fernando Voss Chagas Lessa, *A investigação direta e a persecução transnacional pelo Ministério Público Brasileiro*; orientador Nadia de Araujo- Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2009, mimeo, pp. 38-39; Bruno Calabrich. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 92-94

33. Além da literalidade, não há exclusividade, pela Polícia, na apuração de crimes, inclusive porque a própria Constituição, em seu art. 58, § 3º, confere às comissões parlamentares de inquérito poderes de realizar investigações cíveis ou criminais⁷.

34. Assim, não obstante, doutrinariamente, a atividade de polícia judiciária fosse definida como apuração de infrações penais, o texto constitucional, ao apartar ambas as funções, impõe que se considere a atividade de polícia judiciária como aquela desempenhada pelas polícias em apoio aos serviços desenvolvidos *in forum*. Outra é a atividade de apuração de infrações penais.

35. E, se o art. 144, a partir de critério gramatical, não permite conclusão sobre caber à Polícia a exclusividade da investigação criminal, analisar a questão sob a perspectiva dos poderes implícitos segue sendo uma possibilidade. O assunto será tratado mais adiante.

36. Outro argumento de que se vale o parecer é o de que o MP é instituição imune à fiscalização, ao contrário da Polícia, sujeita ao controle externo. E é exatamente nesse ponto que se manifesta a sua total improcedência: o controle é externo e não alcança o conteúdo do inquérito policial de maneira direta. O argumento poderia prevalecer se houvesse um controle interno, de subordinação funcional, o que não ocorre no âmbito da Polícia. Por outro lado, a investigação eventualmente conduzida pelo MP se submete a diversos controles, notadamente pelo Judiciário, a quem compete zelar pela legalidade dos atos de investigação e de seus resultados, e pelo CNMP, órgão de controle externo do Ministério Público⁸

⁷ “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

⁸ Bruno Calabrich. *Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica*, In: *Temas Atuais do Ministério Público: A atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*.

37. De modo que não há, no particular, diferença significativa entre as instituições. Ambas estão sujeitas a observar as garantias constitucionais, e falhas humanas não são privativas de uma ou de outra.

38. O apelo ao juizado de instrução, cuja proposta de instituição foi recusada pelo constituinte de 88, não é mais feliz. O juizado de instrução *constitui modelo de investigação processual penal adotado em alguns países europeus no qual se manifesta rígida separação entre as funções de acusação e instrução*⁹. Todavia, a controvérsia ora posta não está no binômio acusação/instrução, e sim no binômio acusação/investigação¹⁰.

39. De resto, mesmo nos países europeus, que, em sua maioria, adotam o modelo do juizado de instrução, o Ministério Público vem assumindo a responsabilidade pela investigação preliminar. É o caso de Alemanha, Bélgica, Itália¹¹ e Portugal¹².

40. O que é importante assinalar é que a responsabilidade pela investigação preliminar não caracteriza ou desnatura quer o modelo acusatório, quer o modelo do juizado de instrução.

(b) A possibilidade de o MP investigar à luz do art. 129 da CF

41. O dispositivo referido tem a seguinte redação:

Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald (coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 628.

⁹ Clèmerson Merlin Clève. ob.cit.

¹⁰ *Id, ib.*

¹¹ O novo código italiano extinguiu a figura do juiz investigador, presente no Código Rocco de 1930, e criou uma fase de investigação preliminar totalmente protagonizada pelo MP.

¹² Valter Foleto Santin. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: EDIPRO, 2001. Na Espanha, o MP preside as investigações do procedimento abreviado. Na França, também preside as investigações, com a Polícia a ele subordinada.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

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;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

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;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

42. Grande parte da doutrina vê, no inciso VI, cláusula expressa de autorização para o MP realizar diretamente investigações criminais preliminares. Para tanto, parte de três pressupostos: (i) o inquérito policial não é o único instrumento em que se formaliza a investigação criminal¹³; (ii) diligências investigatórias são providências de caráter administrativo; e (iii) o referido inciso não está restrito à esfera civil e ao correlato inquérito civil público.

¹³ Tourinho Filho. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1996, vol. I, p. 16; Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 248; Mirabete. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 77.

43. Em relação ao primeiro ponto, não há desacordo quanto ao fato de que o inquérito policial é instrumento privativo da Polícia, cabendo-lhe a sua presidência. Todavia, também é certo que há investigações realizadas por outros órgãos e instituições, constitucional e legalmente autorizadas, que não se formalizam, e nem poderiam, em inquérito policial.

44. É o caso, antes assinalado, das comissões parlamentares de inquérito, cujo poder de investigação conta com previsão constitucional.

45. No nível infraconstitucional, há uma infinidade de dispositivos conferindo poderes de investigação aos mais diferentes órgãos e instituições: à Receita Federal, no que diz respeito à sonegação fiscal¹⁴; ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF¹⁵; ao Judiciário, nos crimes praticados por magistrados¹⁶; ao MPU, nos crimes praticados por seus membros¹⁷.

46. Para ficar, ainda, em alguns poucos exemplos, há o inquérito policial militar e o parágrafo único do art. 4º do CPP¹⁸, cuja constitucionalidade jamais foi posta em dúvida.

47. De resto, o plenário do STF, no julgamento do Inq 1.957/PR, reconheceu expressamente que *a instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção*¹⁹.

¹⁴ Lei 8.137/90

¹⁵ Lei 9.613/98, art. 14

¹⁶ Art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional

¹⁷ Art. 18 da LC 75/93

¹⁸ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

¹⁹ Rel. Min. Carlos Velloso, D 11.11.2005.

48. Tal entendimento, constantemente reafirmado²⁰, autoriza uma única conclusão: se é possível ao MP iniciar a ação penal sem o inquérito policial, valendo-se de outros elementos de convicção, é legítima a colheita destes por outros instrumentos e outros órgãos que não o inquérito e a Polícia. Diferente fosse, de onde surgiriam esses outros elementos de convicção?

49. Quanto ao segundo ponto, tampouco há divergência em que o inquérito policial tem natureza administrativa²¹. Assim o é porque ali não se realiza ato judicial investigatório. O juiz, em observância ao princípio acusatório entre nós adotado, mantém-se afastado da investigação, exercendo, sobre ela, função de controle, na salvaguarda de direitos e garantias individuais²².

50. Não é diferente, logicamente, quando se trata de investigação que se desenvolve sob outra forma que não o inquérito. Sua natureza segue sendo administrativa e se formaliza sob o gênero *procedimento administrativo*.

51. No que diz respeito ao último ponto, observa Rômulo de Andrade Moreira:

Já o inc. VI, refere-se expressamente à expedição de notificações 'nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los'. Pergunta-se: para que serviriam tais notificações ou as informações e os documentos requisitados se não fossem para instruir procedimento administrativo investigatório? É evidente que nenhuma lei traz palavras ou disposições inúteis (é regra de hermenêutica), muito menos a lei maior²³.

²⁰ HC 93.524-9/RN, 1ª T, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 31.10.2008

²¹ José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 139.

²² Bruno Calabrich, ob. cit pp. 154/155

²³ *A investigação criminal e o Ministério Público*, In: *Limites Constitucionais da Investigação*, ob. cit., p 386

52. E Hugo Nigro Mazzilli acrescenta que, no referido dispositivo, *também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a opinio delicti, porque se destinados apenas à área civil bastaria o inquérito civil (inciso III) e o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera civil, atingindo também a área destinada a investigações criminais*²⁴.

53. Tudo somado, parece bastante evidente faltar razoabilidade à interpretação que exclui a investigação criminal do âmbito do inciso VI.

54. O dispositivo refere-se genericamente a *procedimentos administrativos de sua competência*, como tal definidos em sua lei complementar. A investigação criminal levada a cabo pelo MP formaliza-se em procedimento administrativo e conta com previsão na LC 75.

55. Por outro lado, a restrição à investigação civil carece de sentido, na medida em que esta já está expressa e amplamente contida no inciso III. Ou seja, o inciso VI, em relação à investigação civil, seria desnecessário, e não há método hermenêutico que resista à conclusão de absoluta inutilidade de um dispositivo constitucional.

56. Numa outra linha de interpretação, alguns autores valem-se de ambos os incisos, III e VI, e desenvolvem seus argumentos a partir da unidade ontológica do fato ilícito.

57. Bruno Calabrich, invocando Nelson Hungria²⁵, sustenta:

Uma investigação gravita em torno de fatos, aos quais a ordem jurídica pode atribuir uma ou diversas espécies de sanção, dada a sua injuridicidade ou

²⁴ *Novo regime jurídico do Ministério Público*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 121

²⁵ *A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, o dever jurídico(...) No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são rebeldia contra a ordem jurídica.* Nelson Hungria. COMENTÁRIOS AO CÓDIGO PENAL. 6. ed. atualizada por Heleno C. Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, t. II, p. 20-21

ilicitude. A natureza dos acontecimentos (ilícitos) que se pretendam reconstruir historicamente, a par da natureza das sanções aplicáveis, não desnatura nem altera o dado de que se cuidará, em qualquer caso, de uma investigação. Tenham as sanções hipoteticamente incidentes natureza administrativa, penal ou civil, sempre se estará falando de uma investigação sobre *factos*. (destaque do autor)²⁶.

58. O Ministro Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento do Inq. 1968-2/DF, assim tratou a matéria:

O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas, sim, o fato a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao *Parquet*.

A rigor, nesta como em diversas outras hipóteses, é quase impossível afirmar, *a priori*, se se trata de crime, de ilícito cível ou de mera infração administrativa. Não raro, a devida valoração do fato somente ocorrerá na sentença!

Note-se que não existe uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo, o civil e o penal. Essa diferença, quem a faz é o legislador, ao atribuir diferentes sanções para cada ato jurídico (sendo a penal, subsidiária e a mais gravosa).

Assim, parece-me lícito afirmar que a investigação se legitima pelo **fato investigado**, e não pela ponderação subjetiva acerca de qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta.

Em síntese, se o fato diz respeito a interesse difuso ou coletivo, o Ministério Público pode instaurar procedimento administrativo, com base no art. 129, III, da Constituição Federal.

Na prática, penso que é possível propor tanto ação civil pública com base em inquérito policial quanto ação penal subsidiada em inquérito civil. Essa divisão entre civil e penal é mera técnica de racionalização da atividade estatal. O que é de fato relevante é a obrigação constitucional e legal a todos imposta de se

²⁶ *ob. cit.*, p. 106

conformar às regras jurídicas, indispensáveis a uma convivência social harmônica.

59. Por fim, o art. 129, em seus incisos I e IX, também é a matriz para a aplicação, no caso, da teoria dos poderes ímplicitos, recentemente adotada pela 2ª Turma do STF, em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA.

1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público.

2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes.

3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do *habeas corpus*, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório.

4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do *habeas corpus* servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal.

5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as

normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.

6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.

8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público.

9. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*. (HC 91661, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-02 PP-00279 RMDPPP v. 5, n. 29, 2009, p. 103-109)

60. Essa teoria encontra seu fundamento na jurisprudência da Suprema Corte Americana, desde a decisão proferida em *McCulloch v Maryland*, e consiste basicamente em que, *se a Constituição define o objetivo e outorga a competência, ela deixa ao órgão competente a definição dos meios*²⁷. Foram, na ocasião, também fixados parâmetros suficientemente claros: *(a) deve existir uma relação racional entre as funções estabelecidas pela Constituição e os meios escolhidos para delas*

²⁷ Luiz Fernando Voss Chagas Lessa, ob. cit. p. 45

*se desincumbir e (b) os meios escolhidos não podem ser expressamente proibidos pelo texto constitucional*²⁸.

61. No caso, o art. 129, I, da CF, impõe ao MP o dever de promover privativamente a ação penal pública. Privá-lo de exercer atos diretos de investigação, em especial diante de situações de ineficiência, total ou parcial, do organismo policial, *pode significar o sequestro da possibilidade de propositura da ação penal*.²⁹ De modo que a relação funções/meios tem sua racionalidade, aqui, suficientemente demonstrada.

62. Tampouco há, na Constituição, proibição à investigação direta pelo MP. Como já referido anteriormente, não existe, no art. 144, cláusula de exclusividade em favor da Polícia. E o art. 129, em especial no inciso VI, confere tal poder expressamente ao MP, nos termos da exposição acima. Não bastasse isso tudo, a cláusula de abertura do inciso IX.

63. De resto, uma interpretação que leve em conta o papel protagonista que os direitos humanos assumem no atual texto constitucional desautoriza conclusão quanto ao monopólio da investigação pela Polícia. É o que se procurará demonstrar a seguir.

(c) O dever de investigar

64. Os direitos humanos possuem face dupla na atualidade: de um lado, preservam sua condição de defesa do particular em face do

²⁸ *Id, ib.*

²⁹ Clèmerson Merlin Clèvin, ob. cit., p. 13. No mesmo sentido, Aloísio Firmo Guimarães da Silva, Maria Emíla Moraes de Araújo e Paulo Fernando Corrêa. *Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público. Jus navegandi*: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1054>; Diego Diniz Ribeiro. *A intervenção do Ministério Público na investigação criminal: a figura do procurador investigador*. Boletim IBCCRIM, v.10, n. 121, dezembro/2002, p. 11; Marcelo Lessa Bastos. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública. Papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004; Afrânio Silva Jardim. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 327

Estado; e, de outro, operam em dimensão objetiva, isto é, como imperativo de tutela, exigindo uma atuação ativa (positiva) do Estado, obrigando os poderes públicos a agirem de forma adequada na realização efetiva (proteção eficiente) dos direitos fundamentais mediante um conjunto de prestações³⁰.

65. A segunda função é decorrência, como bem observa Feldens, da atribuição ao Estado do monopólio da força em um ambiente social em que a autodefesa dos particulares é, em princípio, vedada; em contrapartida, o Estado que reivindica esse poder obriga-se a garantir a proteção de seus cidadãos contra agressões ou ameaças de terceiros.³¹

66. Analisando o tema relacionado aos deveres de proteção e os direitos fundamentais, o Ministro Gilmar Mendes já reconheceu que “os **direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção** [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de **proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas**; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a

³⁰ Luciano Feldens. *O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativo de tutela*. In LIMITES CONSTITUCIONAIS DA INVESTIGAÇÃO, ob. cit. p. 229

³¹ *Id*, ib

uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]”³².

67. O dever de investigar é consequência lógica do dever de proteção.

68. No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, há dois tratados relevantes quanto ao dever de investigar: a Convenção Americana de Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão (Pacto de São José da Costa Rica)³³ e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)³⁴.

69. Por outro lado, há uma ampla jurisprudência a respeito do *dever de investigar*, tanto da Corte como da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

70. O *leading case* é o CASO VELASQUEZ RODRIGUEZ³⁵, cuja sentença de mérito, interpretando o Pacto de São José da Costa Rica, foi proferida em 29 de julho de 1988, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entendeu-se, na ocasião, que “*a primeira obrigação assumida pelos Estados Partes [...] é a de 'respeitar os direitos e liberdades' reconhecidos na Convenção*”, isso porque “*o exercício da função pública tem limites que derivam de os direitos humanos serem atributos inerentes à dignidade humana, e, em consequência, superiores ao poder do Estado*”³⁶.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Brasília: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, n. 13, junho/1999. Também em Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Núm. 8, 2004, p. 131-142. O Ministro Gilmar Mendes também se valeu do princípio da proibição de proteção deficiente no RE 418.376/MS

³³ Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (DOU 09.11.1992)

³⁴ Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

³⁵ Serie C No. 4. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Voto Juez Piza.

³⁶ Caso Velásquez Rodríguez, parágrafo 165. No original, e na íntegra: 165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de "respetar los derechos y libertades" reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión...

Em seguida, a Corte afirmou que tal obrigação implicava no dever dos Estados Partes de organizarem todo o aparelho estatal e todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, para que fossem capazes de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Pelo que conclui, categórica³⁷:

Como consequência dessa obrigação os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção (...)

71. E reitera no parágrafo 174 que³⁸:

O Estado tem o dever jurídico de prevenir razoavelmente as violações de direitos humanos, investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que se tenham cometido dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma reparação adequada.

72. Abordando diretamente o dever de investigar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destaca³⁹:

O Estado está, por outro lado, obrigado a investigar toda situação em que se tenham violado direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado atua de modo que a violação permaneça impune e não se restabeleça, quanto possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que

...la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21).

³⁷ Caso Velásquez Rodríguez, parágrafo 166.

³⁸ Caso Velásquez Rodríguez, parágrafo 174.

³⁹ Caso Velásquez Rodríguez, parágrafo 176. Na íntegra, no original: 176. El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

descumpriu o dever de garantir o livre e pleno exercício [daqueles direitos] às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O mesmo é válido quando se tolera que os particulares ou grupos deles atuem livre ou impunemente em menoscabo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção.

73. Com base nesse importante precedente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro, por violação do dever de investigar, nos casos Carandiru⁴⁰, Parque São Lucas⁴¹ e Corumbiara⁴².

⁴⁰ Relatório nº 34/00 CASO 11.291 (Carandiru)* Brasil 13 de abril 2000

71. A CIDH observa que, seguindo a mesma diretriz aplicada a casos anteriores, cumpre analisar e avaliar o presente caso à luz dos critérios estabelecidos nos "Princípios relativos a uma eficaz prevenção e investigação das execuções extrajudiciais, arbitrárias ou sumárias" adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Resolução 1989/65), a fim de determinar se o Estado cumpriu a sua obrigação de investigar de forma imediata, exaustiva e imparcial as execuções sumárias de pessoas que se encontravam sob o seu controle exclusivo. De acordo com esses princípios, em casos da natureza deste a investigação deve ter por objetivo determinar a causa, a forma e o momento da morte, a pessoa responsável e o procedimento ou prática que pudesse tê-la provocado. Assim, cumpre proceder a uma autópsia adequada, compilar e analisar todas as provas materiais e documentais e recolher as declarações das testemunhas. A investigação deverá fazer a distinção entre a morte por causas naturais, a morte por acidente, o suicídio e o homicídio.

72. Os referidos princípios foram previstos com a aprovação do "Manual sobre a prevenção e investigação eficazes das execuções extra-legais, arbitrárias ou sumárias", segundo o qual o principal objetivo de uma investigação é "descobrir a verdade acerca de acontecimentos que ocasionaram a morte suspeita de uma vítima". Para esse efeito, o Manual estabelece que aqueles que procedem à indagação devem adotar, pelo menos, as seguintes medidas:

(...)

74. A Comissão comprova que essas normas não foram respeitadas, mas sistematicamente violadas com intuito de destruir a evidência e evitar a identificação e condenação dos responsáveis.

⁴¹ Informe nº 40/03, Caso 10.301, fundo 42º Distrito Policial Parque São Lucas, São Paulo, Brasil, 8 de outubro de 2003. http://www.cidh.org/annualrep/2003port/brasil.10301.htm#_ftn46#_ftn46

“207. A Comissão observa, em relação à morte da criança Vanessa dos Santos Silva, que o Estado brasileiro violou sua obrigação de garantir o direito humano à vida, dado que não efetuou uma investigação séria, por órgão autônomo, independente e imparcial, das circunstâncias de sua morte. Como se explica infra, a investigação levada a cabo pela Polícia Militar não cumpre per se com tais requisitos (...).”

⁴² Informe nº 32/04, Caso 11.556, fondo Corumbiara Brasil[1] 11 de marzo de 2004 <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Brasil.11556.htm>

“41. Ou seja, o Governo é responsável, no caso em questão, pela conduta de seus agentes policiais que infligiram tratamento desumano a cerca de 50 prisioneiros que foram encarcerados em uma solitária de dimensões mínimas e que morreram ou ficaram lesionados em decorrência de terem sido jogados gases lacrimogêneos no interior da mesma. É também responsável pelas ações ou omissões dos agentes encarregados de apurar os fatos e pelas do Poder Judiciário, especialmente da Justiça Militar que, sete anos após a ocorrência desses fatos, ainda não cumpriu com sua obrigação de investigar e punir os culpados.”

74. E, examinando o caso 12.051⁴³, Maria da Penha Maia Fernandes, de violência contra a mulher, que se tornou famoso também no Brasil, pela resposta que deu após ser reconhecida sua responsabilidade internacional, promulgando a *Lei Maria da Penha*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reafirmou a responsabilidade e o dever do Estado em assegurar à vítima uma investigação pronta, exaustiva, por órgão autônomo e independente.

75. No âmbito das Nações Unidas, o dever de investigar está implícito no art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e vem expresso no art. 12 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁴⁴.

76. O reconhecimento do dever de investigar, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, resulta do trabalho desenvolvido pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, seu órgão de monitoramento.

77. Examinando o caso *Valcada vs. Uruguay*⁴⁵, considerou que, havendo alegação fundada de prática de tortura, com indicação dos nomes das pessoas responsáveis, o Estado não pode refutar tais acusações com meras alegações genéricas. Antes, tem o dever de investigar e apurar.

78. No Comentário Geral 31⁴⁶, no qual se aborda “A Natureza das Obrigações Legais Gerais Impostas aos Estados-Parte do Pacto”, o Comitê de Direitos Humanos disse, nos parágrafos 8 e 15:

⁴³ Relatório nº 54/01*, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001, http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftn16

⁴⁴ Promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

⁴⁵ CCPR/C/8/D/9/1977 26 October 1979 Original: ENGLISH Communication No. 9/1977 : Uruguay. 26/10/79. CCPR/C/8/D/9/1977. (Jurisprudence). <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/16eda91d8ec60c5c1256ab200369347>

⁴⁶ General Comment 31. The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant: 26/05/2004. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (General Comments). www.unhchr.ch

8. O Pacto não pode ser visto como substituto para a legislação nacional criminal ou civil. Entretanto, as obrigações positivas dos Estados Partes de assegurar os direitos previstos no Pacto só serão inteiramente desincumbidas se os indivíduos estiverem protegidos pelo Estado, não apenas de violações dos direitos previstos no Pacto quando cometidos pelos seus próprios agentes, mas também contra atos praticados por pessoas ou entidades particulares que poderiam prejudicar o gozo dos direitos previstos no Pacto, na medida em que foram aplicáveis entre cidadãos ou entidades privados. Pode haver circunstâncias em que a falta em garantir direitos previstos no Pacto – tal como requerido pelo artigo 2 – faria surgir violações daqueles direitos por parte do Estado, **como resultado do Estado permitir ou deixar de adotar medidas ou adotá-las sem a devida diligência para prevenir, punir, investigar** ou reparar o dano causado por tais atos praticados por entidades ou indivíduos particulares.

15. O parágrafo 3 do artigo 2 do Pacto requer, ao lado da efetiva proteção dos direitos previstos no Pacto, que os Estados-parte também assegurem que os indivíduos tenham remédios acessíveis e efetivos para vindicar tais direitos. Tais remédios jurídicos deveriam ser apropriadamente adaptados de modo a levar em conta a especial vulnerabilidade de certas categorias de pessoas, incluindo, em particular, crianças. O Comitê dá importância ao fato de os Estados-parte estabelecerem mecanismos administrativos e judiciais para queixas de violações a direitos no direito doméstico. O Comitê nota que o gozo dos direitos reconhecidos sob o Pacto podem ser assegurados pelo Judiciário de muitas maneiras, incluindo aplicação direta do Pacto, aplicação de provisões constitucionais ou legais comparáveis, ou conferindo efeito interpretativo da Convenção sobre a legislação doméstica. Mecanismos administrativos são particularmente exigidos para dar efeito à **obrigação geral de investigar alegações de violações prontamente, de modo completo e efetivo, através de órgãos independentes e imparciais.** *Instituições nacionais de direitos humanos, dotadas dos poderes próprios, podem contribuir para tal objetivo. Um fracasso do Estado-*

parte em investigar alegações de violações pode, em si mesmo, dar margem a uma violação específica do Pacto. A cessação de violações em curso é um elemento essencial do direito a um remédio efetivo (destaques nossos).

79. Ainda recentemente, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 60/147⁴⁷, onde constam os Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito a Remédios e Reparação para Vítimas de Graves Violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Sérias Violações do Direito Internacional Humanitário.

80. No item II, dedicado à Abrangência da Obrigação, a seção 3 diz:

3. A obrigação de respeitar, assegurar respeito e implementar o direito internacional dos direitos humanos tal como fornecidos por seus corpos normativos, inclui, entre outros, o dever de:

a) adotar medidas legislativas, administrativas e outras apropriadas para prevenir violações;

b) **investigar violações efetivamente, prontamente, completamente e imparcialmente** e, quando apropriado, adotar ações contra aqueles alegadamente responsável de acordo com a legislação doméstica e internacional.

81. Em síntese, a orientação dessas Cortes Internacionais é a de que a efetivação dos direitos humanos exige uma atuação positiva do Estado, de investigar, pronta, completa e imparcialmente, os fatos que atentem contra as liberdades individuais⁴⁸.

82. Nesse contexto de protagonismo dos direitos humanos, em que se insere também a nossa Constituição, é de todo irrazoável conferir a exclusividade da investigação a um único órgão ou instituição. Se há um

⁴⁷ A/RES/60/147. 60/147. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law

⁴⁸ Luciano Feldens, ob.cit. p. 235

direito da vítima à investigação, é preciso que o Estado disponha de um conjunto de instrumentos que de fato a viabilizem. O monopólio da investigação por um único órgão está na contramão do Direito.

83. Em conclusão, o poder de investigação pelo MP resulta de (i) ausência de atribuição exclusiva à Polícia, pelo art. 144 da CF; (ii) literalidade do inciso VI do art. 129 da CF; (iii) unidade ontológica do fato ilícito; (iv) teoria dos poderes implícitos; e (v) direito da vítima a uma investigação pronta, completa e imparcial.

DA CONSTITUCIONALIDADE DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NA LEI COMPLEMENTAR 73

84. O art. 129, VII, da Constituição diz ser função institucional do MP *exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.*

85. As disposições impugnadas são do seguinte teor:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

V – realizar inspeções e diligências investigatórias;

(...)

IX – requisitar o auxílio de força policial.

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

I – ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;

II- ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial.

86. Há perfeita conformidade com o parâmetro constitucional, seja no aspecto formal, uma vez que estão veiculadas em lei complementar,

seja no material, porque cuidam, apenas, de concretizar o controle externo da atividade policial.

87. De resto, tais atividades são inerentes ao exercício do referido controle, sem as quais faltarão ao MP instrumentos para a realização da missão que a Constituição lhe incumbiu.

88. Valer Foletto Santin ensina que:

Numa tentativa de sistematização doutrinária, propõe-se a divisão das finalidades de controle do Ministério Público sobre a polícia em cinco espécies: 1) respeito à democracia e princípios constitucionais; 2) segurança pública; 3) correccional; 4) indisponibilidade da ação penal; 5) preservação de competência dos órgãos da segurança pública.

A primeira finalidade (respeito à democracia e princípios constitucionais) tem ligação direta com a estrutura do sistema constitucional, porque visa a vigilância sobre as atividades policiais, para verificação de atuação e funcionamento de acordo com “o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei” (art. 3º, “a”, da Lei Complementar Federal nº 75/1993). O controle pretende constatar o atendimento aos fundamentos democráticos e republicanos e aos direitos e garantias constitucionais, finalidade que se insere dentro da noção do Ministério Público como defensor dos valores democráticos e constitucionais.

A segunda finalidade (segurança pública) relaciona-se ao respeito pelo sistema constitucional de segurança pública, para fiscalização sobre o cumprimento do dever estatal de “preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público” (art. 3º, “b”, da Lei Complementar Federal nº 75/1993) por parte dos seus órgãos policiais, em termos semelhantes ao texto constante do art. 144, *caput*, CF. Esta finalidade insere-s dentro da noção de defensor da segurança pública do cidadão.

A terceira finalidade (correcional) diz respeito ao interesse social de “prevenção e correção de ilegalidade ou de abuso de poder” (art. 3º, “c”, da Lei Complementar Federal nº 75/1993). O objetivo é dar condições ao Ministério Público de empregar mecanismos administrativos ou judiciais, preventivos ou corretivos, para se contrapor às ilegalidades e abuso de poder. Na prevenção, visa-se evitar ilegalidade ou abuso de poder; na correção, busca-se reparar as ilegalidades de poder, seja pela simples correção ou até mesmo pelas medidas para a punição administrativa ou judicial do policial de comportamento ilegal ou abusivo. Esta finalidade insere-se dentro da noção de Ministério Público reparador de ilegalidades.

A quarta finalidade (indisponibilidade da ação penal) diz respeito ao interesse social de “indisponibilidade da persecução penal” (art. 3º, “d”, da Lei Complementar Federal nº 75/1993) exercida pelo Ministério Público, como parcela da soberania estatal. Nas atividades policiais podem ocorrer comportamentos omissivos ou comissivos, suficientes para interferir ou dificultar o exercício da ação penal pelo Ministério Público. O objetivo do controle é dar condições ao Ministério Público de utilizar mecanismos administrativos ou judiciais preventivos ou corretivos para preservação do seu direito de exercer a ação penal. Na prevenção, visa-se evitar ações e omissões; na correção busca-se reparar as ações e omissões que interfiram diretamente sobre os elementos de prova e prejudiquem a ação penal. Assim, o controle destina-se à fiscalização do trabalho policial, para a melhoria do trabalho investigatório e para evitar ou minorar eventuais omissões, abusos e irregularidades nos registros de ocorrências policiais, na movimentação de inquéritos policiais e na atividade de investigação. Esta finalidade insere-se dentro da noção de Ministério Público encarregado do exercício privativo da ação penal pública.

A quinta finalidade (competência dos órgãos da segurança pública) diz respeito ao interesse social de respeito da “competência dos órgãos incumbidos da segurança pública” (art. 3º, “e” da Lei Complementar Federal nº 75/1993), no sentido de que os órgãos policiais exerçam efetivamente as suas atribuições constitucionais e legais para realização de serviços de

segurança pública (prevenção repressão, investigação, cooperação e vigilância de fronteiras), sem omissão, e não possam ser impedidos arbitrariamente do exercício de suas funções por gestões políticas, ilegais, imorais e contrárias ao interesse público e da sociedade. Esta finalidade insere-se na noção de Ministério Público defensor das instituições de segurança pública⁴⁹.

89. As medidas previstas na LC 75, acima referidas, estão em estrita conformidade com as finalidades a que se propõe o controle externo da atividade policial.

DO ART. 80 DA LEI NACIONAL 8.625/93

90. O seu texto é o seguinte: *aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da lei orgânica da União.*

91. Segundo a associação autora, seria defeso à lei ordinária tratar de matéria própria de lei complementar, inclusive por meio de aplicação subsidiária.

92. Ocorre que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público é materialmente complementar, como se demonstrará a seguir.

93. A Constituição, em seu art. 128, § 5º, reservou às leis complementares da União e dos Estados, de iniciativa dos respectivos procuradores-gerais, a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público.

94. Já em seu art. 61, § 1º, estatuiu ser da iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre *organização do*

⁴⁹ Valter Foletto Santin. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2ª ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2007, p. 79/81

Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

95. Ou seja, em relação à organização do MP, pode-se falar, *grosso modo*, da existência de três tipos de lei: uma, que aparentemente antecede as demais, de iniciativa do Presidente da República, traçando normas gerais tanto para o Ministério Público da União como para o Ministério Público nos Estados; uma lei complementar para o Ministério Público da União; e leis complementares para os Ministérios nos Estados.

96. Muito se discutiu a respeito da natureza dessa lei prevista no art. 61, § 1º: se ordinária ou complementar⁵⁰.

97. Hugo Mazzilli, recorrendo a José Afonso da Silva e Geraldo Ataliba, lembra que a doutrina nacional acolhe a tese da existência de leis complementares não expressamente designadas como tal no texto . E, a respeito do domínio ontológico da lei complementar, observa que:

Discutindo a natureza e o objeto das leis complementares, a doutrina acabou por distinguir entre leis complementares chamadas *fundamentais* e leis complementares ditas *orgânicas*. As primeiras seriam “toda regulação orgânica de competência e procedimento para as atividades estatais politicamente importantes; e também, em uma Federação, a delimitação dos direitos desta em respeito dos Estados-membros”, bem como “toda limitação normada das faculdades ou atividades estatais” (Cf. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 48. s.d.p, Madri). As segundas, para utilizarmos a terminologia de Georges Burdeau (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 60, 12ª ed., Paris, 1966), seriam as que disciplinam as instituições constitucionais, ou conforme José Afonso da Silva,

⁵⁰ Hugo Nigro Mazzilli discorre longamente sobre o debate que se travou no curso do respectivo processo legislativo. In: *Regime jurídico do Ministério Público: Análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, instituída pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 183/186

referindo-se à Carta anterior, “são aquelas que dão forma e regulamentação aos órgãos do Estado e aos entes menores, instituições e serviços estatais. Exemplo: a Lei Orgânica da Magistratura (art. 112, parágrafo único); estruturação e organização de Juntas Eleitorais. Organização do Ministério Público” (*Aplicabilidade das normas constitucionais, op. Cit.*, p. 215).

No tocante à atual fixação de normas gerais de organização do Ministério Público, de observância pelos Estados-membros da Federação, não resta dúvida de que, ressalvados os princípios diretamente fixados na própria Constituição da República, a matéria é substancialmente de lei complementar à Constituição, não só por versar a organização de uma instituição com especial assento constitucional, mas sim e principalmente porque se trata de limitar os direitos da Federação com relação aos seus Estados-membros e vice-versa, o que só pode ser feito no Estatuto Político máximo ou em lei complementar a ele.

Aliás, no regime da Carta anterior, a opção fora expressa e correta (art. 96 da Carta de 1969, com a Emenda n. 7, de 1977): “Lei Complementar, de iniciativa do Presidente da República, estabelecerá normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual, observado o disposto no § 1º do artigo anterior”.

Não há negar, faltou técnica à Constituição de 1988, que não foi expressa quanto à necessidade de lei complementar para fixar as mesmas normas gerais para organização do Ministério Público dos Estados (arts. 21, XIII, 22, XVII, 48, IX, 61, § 1º, II, *d*, 68, § 1º, e art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Nem por isso, porém, deixa de decorrer do sistema o *status* de norma complementar à Constituição, para a lei ora em exame: *a*) trata-se de lei que deve fixar normas gerais de organização de uma instituição com assento na Lei Máxima e que ocupa peculiar situação na estrutura do Poder, está inserida fora do Título correspondente à organização dos Poderes e goza de independência funcional em face dos Poderes de Estado; *b*) essa lei deverá estabelecer normas gerais também para o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que incontestavelmente é organizado

por lei complementar da União; c) essa mesma lei imporá limites ao constituinte estadual e à legislação complementar às Constituições estaduais⁵¹.

98. Se a conclusão a que se chega, portanto, é a de que a Lei 8.625/93 é materialmente complementar, a previsão nela constante, de empréstimo, por subsidiariedade, de normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União, não tem vício de inconstitucionalidade algum.

99. E, a respeito especificamente do controle externo da atividade policial, Hugo Mazzilli acrescenta:

Embora as normas de controle externo da atividade policial devam ser fixadas na legislação complementar local, nada impediria que a Lei n. 8.625/93 tivesse estabelecido normas gerais a respeito. Não o fazendo diretamente, seu art. 80 enseja a aplicação subsidiária da Lei Orgânica do Ministério Público da União, caso disponha sobre a matéria⁵²

Em conclusão, o parecer é pelo conhecimento parcial da ação e, nessa parte, pela sua improcedência.

Brasília, 5 de outubro de 2009.

DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:

ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

⁵¹ ob. cit., p. 188/189

⁵² ob. cit., p. 172