

**A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS NA DETERMINAÇÃO DAS
COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS (LEGISLATIVA E MATERIAL)
NOS ESTADOS UNIDOS E NO BRASIL: A TRAJETÓRIA
CONSTITUCIONAL PARA FUNDAMENTAR OS PODERES DE
INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

*THE IMPLIED POWERS DOCTRINE ON THE DETERMINATION OF
CONSTITUTIONAL POWERS (LEGISLATIVE AND EXECUTIVE) IN THE
UNITED STATES OF AMERICA AND IN BRAZIL: THE CONSTITUTIONAL
TRAJECTORY TO JUSTIFY THE BRAZILIAN DEPARTMENT OF JUSTICE'S
INVESTIGATORY POWERS*

Pedro Sousa¹

Evandro Piza Duarte²

RESUMO: O presente trabalho debate o uso realizado pelo Supremo Tribunal Federal da Teoria dos Poderes Implícitos, que teve sua origem na Suprema Corte Estadunidense em *McCulloch v. Maryland* (1819). O objetivo do trabalho é compreender como as referidas Cortes aplicaram essa teoria aos casos que envolviam conflitos sobre competência legislativa e competência material (atividades e serviços). Para isso, será feita análise de decisões sobre os poderes implícitos no Supremo Tribunal Federal e na Suprema Corte estadunidense, além da revisão de literatura sobre o tema. Inicialmente, aborda-se o surgimento da Teoria dos Poderes Implícitos no contexto da tensão entre a competência legislativa da União e dos Estados, e os diferentes momentos de sua aplicação (*dual federalism, cooperative federalism*

¹ Mestrando em Direito Constitucional, com ênfase em Tutela Penal e Direito Sancionador no Estado Democrático de Direito, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), pós-graduando em Direito Tributário pela mesma instituição, pós-graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em parceria com o Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), advogado; E-mail: pedro.xdss@gmail.com. Lattes <http://lattes.cnpq.br/6136790505339939>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8976-4669>.

² Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993), Mestrado em Direito pela UFSC (1998) e Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Atualmente é Professor na Universidade de Brasília (UnB) de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia. Integrante do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (CEDD/FD/UnB) e membro do Grupo de Investigación sobre Igualdad Racial, Diferencia Cultural, Conflictos Ambientales y Racismos en las Américas Negras - IDCARÁN da Universidade Nacional da Colômbia; E-mail: evandropiza@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5003630503816604>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0077-0297>.

e *new federalism*). A seguir, apresenta-se as decisões brasileiras anteriores e posteriores à Constituição de 1988, analisando-se especificamente o reconhecimento de poderes investigatórios do Ministério Público (RE 593.727/MG). Argumenta-se que houve um deslocamento, no caso brasileiro, do uso da Teoria dos Poderes Implícitos para resolver conflitos sobre competência legislativa (entre União e Estado) para a atribuição pelo Supremo Tribunal Federal de competência material a determinados órgãos ou entidades, o que pode ser compreendido dentro da trajetória de ativismo judicial de nossa Corte.

Palavras-chave: Poderes implícitos; *McCulloch v. Maryland*; Direito comparado; competências constitucionais; Ministério Público.

ABSTRACT: This paper debates the application made by the Brazilian Supreme Court of the implied powers doctrine, that was created by the United States Supreme Court in *McCulloch v. Maryland* (1819). The objective of this work is to comprehend how both Courts applied the doctrine in cases about legislative powers and executive powers (activities and services) conflicts. In this sense, we will analyze decisions about the implied powers in the Brazilian Supreme Court and the US Supreme Court, in addition to the literature review on the subject. In the beginning, we present the creation of this doctrine in the context of tension between State and Union legislative powers and the different periods of its application (dual federalism, cooperative federalism e new federalism). Further, we present decisions in Brazil before and after the Constitution of 1988, analyzing the recognition of the investigatory powers of Brazilian Department of Justice (RE 593.727/MG). We argue that in Brazil there was a displacement of the implied powers doctrine from solving conflicts (between Union and Federate States) about legislative powers to the attribution, by the Brazilian Supreme Court, of executive powers to organs and entities, what can be understood as part of the trajectory of Brazilian Supreme Court in judicial activism.

Keywords: Implied powers; *McCulloch v. Maryland*; comparative law; constitutional powers; Brazilian Department of Justice.

Sumário: 1. Introdução; 2. Os poderes implícitos nos Estados Unidos: do federalismo dual ao novo federalismo; 3. A Teoria dos Poderes Implícitos no Supremo Tribunal Federal antes da Constituição Federal de 1988; 4. A Constituição Federal de 1998 e a Teoria do Poderes Implícitos no Supremo Tribunal Federal; 5. Os Poderes Investigatórios do Ministério Público e a Teoria dos Poderes Implícitos; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Teoria dos Poderes Implícitos foi criada em 1819 durante a Corte Marshall (1801-1835). O período foi caracterizado pela influência desse *chief justice* e sua arguta solução em *Marbury v. Madison* (1803), considerada o fio condutor de nascimento do controle de constitucionalidade no contexto estadunidense. Diante de um impasse político e institucional, a corte decidiu que caberia ao Poder Judiciário avaliar a conformidade das leis

à Constituição, criando para si (ou reconhecendo) uma competência que estará no centro das disputas sobre a estrutura e o funcionamento das instituições nas democracias ocidentais (LEIMIEUX, 2017, p. 1072).

Todavia, a contribuição dessa corte histórica para o constitucionalismo nos Estados Unidos da América vai muito além de *Marbury*. Desde a independência estadunidense (1776), havia tensões quanto às competências do Poder Judiciário, do Poder Executivo e dos Poderes Legislativos da União e dos Estados (PAIXÃO, 2008, s.p.). Uma das principais preocupações de James Madison, quando da elaboração dos *federalist papers*, foi de evidenciar que as atribuições de competência conferidas à União seriam as estritamente necessárias, visando garantir a autonomia dos estados federados (HAMILTON *et al.*, 1787, n. 41/45).

A autonomia dos estados federados está no cerne da Constituição dos Estados Unidos da América. A base normativa sobre a qual se ergue a teoria da *necessary and proper clause*³ foi o art. I, seção 8, da Constituição, segundo o qual o Congresso possui o poder "de fazer todas as Leis que possam ser necessárias [*necessary*] e apropriadas [*proper*] para colocar em execução os poderes inevitáveis, e todos os outros poderes garantidos pela Constituição ao Governo dos Estados Unidos, ou qualquer departamento ou agente governamental" (UNITED STATES, 1788, s.p.)⁴.

Hodun aponta que a referida norma constitucional surgiu com duas preocupações: i) de garantir que o Congresso estadunidense não ficasse limitado ao texto constitucional expreso; ii) mas também de limitar o poder do legislador federal num contexto de respeito às disposições normativas dos Estados Federados (HODUN, 2015, p. 64-66).

Nesse contexto, a Teoria dos Poderes Implícitos surgiu para permitir ao legislador federal, por decorrência implícita do texto constitucional, criar lei cujo texto obrigasse também os estados federados em relação à *commerce clause*, cláusula constitucional que confere à União os poderes para regular o comércio. A teoria limitava a competência do poder legislativo local e ampliava a competência do poder legislativo federal. Tamanha

³ Nas referências seguintes à *necessary and proper clause*, esta será tratada somente como *proper clause*.

⁴ Tradução nossa. No original: "The Congress shall have power to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by the Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof."

movimentação da Suprema Corte na defesa de poderes implícitos da União opunha-se a uma longa tradição jurídica inglesa de garantia de autonomia das elites locais, confirmada nas disputas políticas da Independência, mas que necessitava ceder, por razões de ordem prática, diante das necessidades de organização de um mercado nacional. Todavia, essas tensões vão produzindo diferentes alternativas judiciais ao longo da trajetória constitucional, o que pode ser identificado em três momentos centrais: "*dual federalism, cooperative federalism e new federalism*" (HODUN, 2015, p. 61-62), cujas especificidades serão tratadas no capítulo 2.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já aplicou diversas vezes a Teoria dos Poderes Implícitos⁵. O emprego mais famoso, notadamente no RE 593.727/MG, permitiu validar poderes investigatórios amplos ao Ministério Público, a despeito de inexistir previsão legal expressa destes poderes. Neste caso, houve a ampliação das atribuições de uma instituição com uma história nacional bem particular, surgida inicialmente das entranhas do Poder Executivo, mas que, na Constituição de 1988, assumiu contornos com maior autonomia e maior amplitude de atuação, extrapolando suas atribuições criminais e identificando-se práticas de proteção (e tutela) da sociedade civil.

A adoção da Teoria dos Poderes Implícitos constitui-se em interessante objeto de pesquisa, quer porque o desenho institucional brasileiro e a repartição constitucional de competências é bastante distinto da situação estadunidense, quer porque a adoção brasileira serviu a propósitos distintos.⁶

Para que se compreenda essa distinção, é preciso ter em mente a distinção entre competências legislativas e materiais. Primeiro, segundo José Afonso da Silva⁷, as “competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções” (SILVA, 2011, p. 413). Elas se dividem, conforme

⁵ No original: “implied powers doctrine”.

⁶ CARMO (2013) trata da Teoria dos Poderes Implícitos no Supremo Tribunal Federal, mas faz um paralelo com o conceito de **competência ancilar** na Suprema Corte dos Estados Unidos, de modo que compara dois conceitos distintos em ordenamentos distintos, diferentemente da presente análise, que trata do mesmo conceito nos Estados Unidos e no Brasil, de modo que o trabalho de Carmo não será analisado neste artigo. EM: Revista de Direito, Estado e Telecomunicações = The Law, State and Telecommunications Review / Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações. – v.5, n.1 – (2013) – Brasília: Universidade de Brasília, 2013. v. 5.

⁷ Entendemos que a melhor forma de traduzir *power* para o contexto brasileiro é por meio do uso do termo **competência**, e não *poder*. No entanto, como o uso da palavra **poder** é mais usual, esta será a terminologia adotada.

Almeida, em dois grandes grupos: as **legislativas** e as “outras competências que as credenciam ao desempenho de atividades e serviços” (ALMEIDA, 2013, p. 67), as quais são também chamadas de **competências materiais**⁸ (SILVA, 2011, p. 413). Desse modo, a **competência legislativa** possibilita que o poder legislativo crie lei sobre determinado tema, enquanto a **competência material** cria um poder-dever de ação do estado, permitindo que o poder público haja sem a necessidade de intermediação ou permissão legislativa.

De forma direta, indagamos neste artigo como a Teoria dos Poderes Implícitos estava relacionada, em cada um desses cenários, aos conceitos de competência legislativa e material e se houve uma alteração na forma de aplicação dessa teoria nos dois contextos constitucionais objeto de comparação.

2. OS PODERES IMPLÍCITOS NOS ESTADOS UNIDOS: DO FEDERALISMO DUAL AO NOVO FEDERALISMO

No período inaugurado com o surgimento dos poderes implícitos, conhecido como *dual federalism*, a intervenção da União nos assuntos atinentes aos Estados Federados foi limitada ao mínimo, sendo que somente a Constituição Federal, incluindo seus **poderes implícitos**, interpretando o texto da *proper clause*, seria capaz de fazer uma vinculação dos Estados ao direito da União (HODUN, 2015, p. 89).

Em *McCulloch v. Maryland* (UNITED STATES, 1819, s.p.), a Suprema Corte decidiu sobre a possibilidade de um estado federado taxar o Bank of America, um banco federal que possuía diversas funções estratégicas para o governo, em especial no que trata da competência constitucional explícita de regular e desenvolver o comércio, determinada no contexto estadunidense pela *commerce clause*.

O recurso foi interposto perante a Suprema Corte por James McCulloch, um bancário do Bank of America que estava sendo processado por ter deixado de recolher, em favor do estado de Maryland, imposto referente à prática da atividade bancária. A questão é que lei federal de 1816 incorporou o banco ao patrimônio da União, enquanto lei do estado de

⁸ No presente trabalho não se tratará de distinções específicas das diversas formas de competências materiais e legislativas, uma vez que a mera distinção das competências constitucionais nesses dois grandes grupos já é suficiente para a análise que se busca fazer.

Maryland em 1818 determinou a taxaço de todos os bancos que exerciam atividades no Estado, sem fazer qualquer ressalva ao Bank of America (UNITED STATES, 1819, p. 317).

Na soluço do caso, a Corte entendeu que, a despeito da auséncia de previsáo constitucional expressa para que a federaço incorporasse um banco, esse poder existia, de modo implícito, em razáo da tarefa constitucional de regular o comércio (*commerce clause*), sob legitimaço da *proper clause*. Logo, a incorporaço de banco pelo Governo Federal fora legítima, e o Estado de Maryland não poderia taxar o *Bank of America*.

Segundo Whittington (2017, p. 578-579), o que se buscou proteger foi que, no contexto do federalismo estadunidense, os eleitores de um estado poderiam organizar suas próprias questões, sem, contudo, intervir nas questões dos outros estados federados, de modo que “as pessoas do estado de Maryland não poderiam exercer um poder de veto sobre as políticas públicas do país como um todo, representado pelo Congresso Nacional⁹” (WHITTINGTON, 2017, p. 578-579).

O voto do juiz Marshall, trazendo a opinião unânime da Corte, apontou a impossibilidade de que a Constituição detalhasse o modo pelo qual os poderes por ela instituídos seriam exercidos:

[...] Uma Constituição que contivesse um detalhamento preciso de todas as subdivisões do que seus poderes amplos permitiriam, e os meios pelos quais eles seriam colocados em execução, estaria tomada pela prolixidade de um código legislativo e poderia ser mal compreendida pela mente humana. (UNITED STATES, 1819, p. 407)

Nesse contexto, a Constituição traria os objetos centrais do poder federal, sendo que “[...] os ingredientes menores que compõem esses objetos [centrais] são deduzidos da própria natureza do objeto” (UNITED STATES, 1819, p. 407). Os objetos maiores não poderiam ser obtidos por qualquer meio, mas somente em relação aos meios **necessários** e **apropriados** para a execução do dever constitucional, havendo uma determinação dos contornos de aplicabilidade da *proper clause*. Assim, ficou consagrada a Teoria dos Poderes Implícitos

⁹ Tradução nossa. No original: “the people of the state of Maryland could not be allowed to exercise a veto power over the policy decisions of the people of the country at large as represented in the U.S. Congress”.

como a permissão para que o Poder Legislativo criasse os meios **necessários e apropriados** para a execução de um poder mais amplo constitucionalmente expresso¹⁰.

O Poder Legislativo criaria a competência pela edição de lei federal, cabendo ao judiciário atuar somente no controle da adequação constitucional da norma criada. O voto de Marshall evidencia os contornos da atuação de cada poder:

Se o Congresso pudesse, na execução de seus poderes, adotar medidas proibidas pela Constituição, se o Congresso pudesse, sob pretexto de executar seus poderes, aprovar leis para o cumprimento de objetivos não conferidos ao Governo, isso se tornaria uma tarefa árdua para esse tribunal, se surgisse um caso que demandasse tal decisão, dizer que tal lei não seria uma lei compatível com as dessa terra. Mas onde a lei não é proibida, e é realmente pensada para chegar a um dos objetivos conferidos ao governo, e se prestasse aqui à análise de adequação seria cruzar a linha que separa as instituições judiciais para pisar em terras legislativas. Essa Corte recusa qualquer pretensão a este poder¹¹. (UNITED STATES, 1819, p. 423)

Portanto, o Poder Judiciário, segundo Marshall, não cria poderes implícitos diretamente da norma constitucional. O Poder Legislativo, no exercício da criação das leis federais, é o criador de tais poderes. O Poder Judiciário poderia somente reconhecer, à luz da *proper clause*, e em sua função de controle constitucional, a validade ou invalidade de um poder criado pela via legislativa em um controle posterior de adequação à referida norma constitucional.

O período seguinte do federalismo estadunidense, o *cooperative federalism*, teve início quando, ao decidir sobre *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (UNITED STATES, 1937), a Corte entendeu que a regulação das relações de trabalho em âmbito nacional seria

¹⁰ Em 1806, em *Fisher v. U.S.*, a Corte Marshall já havia indicado que a *proper clause* deveria ser aplicada por meio de edição de legislação federal, tendo apontado que o Congresso possui o poder de criar “[...] todas as leis que possam ser necessárias [*necessary*] e apropriadas [*proper*] para colocar em execução os poderes garantidos pela Constituição” (UNITED STATES: 1819; p. 385). Posteriormente, em *McCulloch*, a Corte somente desenvolve com mais detalhamento os contornos do que virá a ser a Teoria dos Poderes Implícitos, mas já em *Fisher* fica claro que o meio de aplicação dos poderes implícitos é, justamente, a edição de lei federal. Nesse sentido, a *implied powers doctrine* surge como uma regra de ampliação, mas também de fixação e limitação, da competência do Congresso estadunidense.

¹¹ Tradução nossa. No original: “Should Congress, in the execution of its powers, adopt measures which are prohibited by the Constitution, or should Congress, under the pretext of executing its powers, pass laws for the accomplishment of objects not intrusted to the Government, it would become the painful duty of this tribunal, should a case requiring such a decision come before it, to say that such an act was not the law of the land. But where the law is not prohibited, and is really calculated to effect any of the objects intrusted to the Government, to undertake here to inquire into the decree of its necessity would be to pass the line which circumscribes the judicial department and to tread on legislative ground. This Court disclaims all pretensions to such a power.”

de competência federal e passou a dar maior amplitude à doutrina. O contexto social e político dessa decisão explica, em grande parte, a posição da Corte. Após a grande depressão, houve a necessidade de reestruturação da economia estadunidense, em especial sob a égide do *New Deal*, comandado pelo presidente Roosevelt. No mesmo passo em que houve a ampliação dos poderes federais, a Suprema Corte passa a usar critérios menos rígidos em seu controle de constitucionalidade dos Poderes Implícitos (HODUN, 2015, p. 99).

Em 1935, foi aprovado o Nation Labor Relations Act, que criou um comitê nacional para o controle das relações trabalhistas. Esse comitê expediu uma ordem para que a empresa Jones & Laughlin Steel Corp. deixasse de realizar práticas discriminatórias (HODUN, 2015, p. 100). Após a empresa descumprir a ordem, o comitê tentou obrigar sua execução, acionando a Corte de Apelação. A referida Corte, contudo, concluiu que esse tipo de ordem estaria fora do escopo de atuação do governo federal, motivo pelo qual não poderia ser judicialmente reconhecida para compelir a empresa a cumpri-la (UNITED STATES, 1937, p. 22).

Em 1937, no julgamento do caso NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., o entendimento da Suprema Corte estadunidense foi diverso. Em votação de 5 a 4, desempatada pelo *chief justice* Hughes, que redigiu a opinião da Corte, foi no sentido de declarar a validade da regulação federal das relações de trabalho por sua relação íntima com a *commerce clause*. Nesse sentido, segundo seu voto:

as atividades possam ser de caráter intraestadual quando consideradas separadamente, se elas possuem uma relação tão próxima e substancial com o comércio interestadual que seu controle é essencial ou apropriado para proteger o comércio de barreiras e obstruções, o Congresso possui o poder para exercer esse controle¹² (UNITED STATES, 1937, p. 37).

Assim, a Corte reconheceu que “o Congresso possui a autoridade constitucional, para a proteção do comércio interestadual, de proteger os direitos dos empregados¹³” (UNITED

¹² Tradução livre. No original: “Although activities may be intrastate in character when separately considered, if they have such a close and substantial relation to interstate commerce that their control is essential, or appropriate, to protect that commerce from burdens and obstructions, Congress has the power to exercise that control”.

¹³ Tradução nossa. No original: “Congress had constitutional authority, for the protection of interstate commerce, to safeguard the right of the employees”.

STATES, 1937, p. 37). Todavia, a relação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo permaneceu a mesma, de modo que ao Legislativo competia a criação do poder implícito, e, ao Judiciário, somente fazer o juízo adequação constitucional. Logo, apenas os filtros de aplicação da *proper clause* foram abrandados.

O *new federalism*, por sua vez, foi marcado pelo arrefecimento dos poderes da União em relação aos Estados Federados, provocado pela onda conservadora convencida de que “[...] o governo federal cresceu muito e os Estados devem receber sua autoridade de volta” (HODUN, 2015, p. 136). O precedente inaugural desse novo período foi *United States v. Lopez* (UNITED STATES, 1995) sobre o *Gun-Free School Zone Act.*, de 1990. A referida lei proibia o porte de armas de fogo em regiões próximas a escolas. O fundamento para a competência federal foi o poder de regular o comércio. Argumentou-se que: a) armas em regiões escolares geram aumento de violência, o que prejudicaria o comércio; b) armas nas escolas abaixariam o rendimento escolar, gerando efeitos negativos à economia (HODUN, 2015, p. 112-113).

A decisão da Suprema Corte foi no sentido de inexistirem poderes implícitos para a regulação da educação e da segurança como decorrência da *commerce clause*. A tônica do voto do *chief justice* Rehnquist, em nome da maioria da Corte, é no sentido de se interromper o caminho de abertura dos períodos anteriores, de modo a se evitar que haja uma competência federal irrestrita¹⁴:

A linguagem ampla nesses votos sugeriu uma possibilidade de expansão adicional [dos contornos do *commerce clause*], mas nos recusamos a ir além. Fazer isso demandaria que concluíssemos que os poderes enumerados pela Constituição não pressupõem algo não escrito, cf. *Gibbons v. Oregon*, at 195, e que não haveria distinção entre o que é verdadeiramente nacional e o que é verdadeiramente local, cf. *Jones & Laughlin Steel*, supra, at 30¹⁵. (UNITED STATES, 1995, p. 567-568.)

¹⁴ Para além da corrente majoritária, houve uma corrente que considerou a existência de poder de legislação sobre armamento civil no contexto da regulação do comércio, em especial pelo caráter dúplice do armamento, como mercadoria e como item que afeta o comércio (UNITED STATES: 1995; p. 629).

¹⁵ Tradução livre. No original: “The broad language in these opinions has suggested the possibility of additional expansion, but we decline here to proceed any further. To do so would require us to conclude that the Constitution's enumeration of powers does not presuppose something not enumerated, cf. *Gibbons v. Ogden*, supra, at 195, and that there never will be a distinction between what is truly national and what is truly local, cf. *Jones & Laughlin Steel*, supra, at 30”.

Em síntese, desde sua criação, a *proper clause*, como se percebe nos três precedentes analisados, determina o âmbito de *competência legislativa* da União. A depender do momento histórico e político, com nuances mais ou menos restritivas, a balança do poder tende à centralização em prol da União ou ao fortalecimento dos Estados Federados.

3. A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A análise dos julgados sobre *poderes implícitos* no STF¹⁶ inicia, por sua importância, com o Pedido de Intervenção Federal n. 14, julgado em 1950, sob relatoria do min. Luiz Gallotti. No caso, julgou-se controvérsia acerca das eleições para presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, que elegeu, para o mesmo período, dois presidentes distintos. Havia duas questões centrais a serem debatidas: i) o Supremo Tribunal Federal poderia intervir nas eleições internas de um Tribunal de Justiça estadual? ii) em caso de resposta positiva à primeira pergunta, qual intervenção seria adequada no caso concreto?

A Teoria dos Poderes Implícitos foi aplicada em um recorte extremamente pontual – usou-se o raciocínio de meios e fins sem que se estabelecesse qualquer dos critérios restritivos da jurisprudência estadunidense. Segundo Gallotti, que foi unanimemente acompanhado pelo Pleno: “Desde Marshall, ficou consignada nos Estados Unidos a doutrina dos poderes implícitos: se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercê-la” (BRASIL, 1950, p. 18). Desse modo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que poderia intervir para garantir a legitimidade de quem faz a admissibilidade dos recursos por ela julgados (i), tendo anulado as duas eleições para a presidência do TJMT e determinado a realização de novas eleições segundo as regras regimentais e legais aplicáveis (ii).

É de se observar as expressões utilizadas pelo ministro e suas ambiguidades: i) “se conferimos” (quem confere? o Poder Constituinte? o Poder Legislativo?); ii) “a uma

¹⁶A seleção dos julgados ocorreu da seguinte forma: foi feita a busca com os termos “poderes implícitos” no sítio do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/>), sendo que essa busca retornou 39 resultados. Desses resultados, porém, 14 não falam da Teoria dos Poderes Implícitos. Assim, a análise se dará em torno de 25 resultados – 9 no primeiro recorte temporal, os 16 restantes no momento constitucional inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

autoridade uma função” (a uma autoridade? não haveria aqui a passagem do tema da competência legislativa para a material?). De fato, a decisão permitiu que os meios para a execução dos poderes constitucionais expressos fossem criados diretamente pelo Poder Judiciário, sem qualquer forma de anuência legislativa, uma vez que o *poder implícito* não foi criado por edição de lei, ao revés, por decisão judicial. Logo, não houve fixação de **competência legislativa**, mas **material**.

No Recurso Extraordinário (RE) n. 17.468/DF (1951), sob relatoria do Min. Orosimbo Nonato, foi analisado se lei federal poderia determinar isenção de imposto devido a outro ente federativo – município de Santos – em benefício de empresa concessionária de serviço público. O ministro relator citou Marshall, apontando a impossibilidade de que outros Entes Federados taxassem a União, no exercício de suas atividades constitucionalmente estabelecidas (BRASIL, 1951, p. 506). Ou seja, decidiu-se que outro ente federado, no caso a Prefeitura de Santos, não poderia taxar a União no exercício de suas atividades, o que se aplica aos concessionários de serviço público de competência da União.

Em relação aos *poderes implícitos*, estes são invocados para afirmar que a União pode legislar em termos de isenção de imposto de competência de outro ente federativo, ante a existência de interesse da União na regulação de certos setores da economia nacional:

Mas, certos interesses há, tão altos e tão relevantes, e que dizem para a vida nacional mesma, que sua disciplina é entregue à União. L, então se trata, de saber se a realidade, de sobre eles legislar, com exclusividade, outorga, também, à União, o poder implícito de eliminar, no caso, a incidência de quaisquer impostos... A isenção geral de impostos a certas atividades essenciais à vida econômica do país, liga-se ao poder que tem a União de decretar leis necessárias ao exercício de suas próprias faculdades. (BRASIL, 1951, p. 509)

Esse julgado, referido em julgados posteriores sobre matéria de isenção fiscal (RE 20.592/SP, RE 22.189/MG, RE 20.587/SP, RE n. 43.353/RJ e RE54.672/MG), aplicou os **poderes implícitos** dentro dos limites estabelecidos no contexto estadunidense, reafirmando a competência legislativa federal para a determinação da isenção fiscal¹⁷.

¹⁷ Tais julgados não trazem sua fundamentação em precedentes da Suprema Corte estadunidense, mas na já estabelecida jurisprudência do STF sobre a matéria, não demandando mais detalhamento.

No RHC n. 34.823/RS (BRASIL, 1957), sob relatoria do Min. Ary Franco, o STF debateu sobre a licitude da intimação de testemunhas e investigados, e sua eventual condução coercitiva, por parte de uma Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul¹⁸. O plenário afirmou em decisão unânime os poderes da CPI, “[...] pois a intimação decorre dos poderes implícitos da Comissão de Inquérito, pois, do contrário, as suas atividades se reduziriam a ficar no papel, estaria completamente tolhida em suas diligências” (BRASIL, 1957, p. 3). Desse modo, sem explicitar o que seriam **poderes implícitos**, aplicou-os dentro do contexto de meios e fins.

Embora essa decisão pareça inadequada dentro dos contornos estabelecidos pela Corte Marshall, esse julgado é um caso limite entre o entendimento de Marshall sobre os poderes implícitos e o entendimento apresentado primeiramente no julgamento do IF 14 pelo STF. A extensão de poderes de uma Comissão Parlamentar de Inquérito amplia os limites de atuação do Poder Legislativo. Todavia, a matéria processual penal é de competência federal, dependente de lei em sentido estrito.

Por sua vez, o RE 47.851/PR, de 1962, sob relatoria do Min. Gonçalves de Oliveira, julgou recurso do Estado do Paraná. No caso, debatia-se a extensão do art. 142 do Decreto-lei nº 9.500, de 1946, que determina que o tempo de serviço militar seja contado para fins de aposentadoria. Inicialmente, o autor, um funcionário público estadual que prestou serviço militar obrigatório, impetrou mandado de segurança para garantir que se aplicasse o referido artigo de lei em dimensão mais ampla que sua previsão expressa, de modo a contar o tempo de serviço militar para a concessão de benefício estadual devido, por lei, a servidores públicos federais.

O mandado de segurança foi julgado inicialmente procedente pela justiça do estado do Paraná, reconhecendo o tempo de serviço militar como parte da contagem para a concessão de benefício requerido. No entanto, o Supremo Tribunal Federal apresentou entendimento mais restritivo e literal do Decreto-lei nº 9.500, de 1946, fundamentando-se em que “[...] a Lei do Serviço Militar, art. 142 é expresso no sentido de que tal tempo se conta para fins de aposentadoria [e disponibilidade]” (BRASIL, 1962, p. 255).

¹⁸ Na época era possível a condução coercitiva no direito brasileiro. No entanto, o Supremo Tribunal Federal decretou a inconstitucionalidade da prática de condução coercitiva nos autos das ADPFs 395 e 444.

Neste caso, portanto, a Corte decidiu, por unanimidade e nos termos do voto do relator, que a norma federal se aplicaria somente na extensão de sua previsão expressa a servidores públicos federais. Isso porque:

Foi o mesmo que decidiu *Chief Justice MARSHALL*, do alto de sua cátedra de Presidente da Corte Suprema dos Estados Unidos, que êle tanto elevou, no célebre julgado *United States versus FISCHER*, interpretando a jurisprudência da Corte: “O congresso deve escolher os meios que são de fato condutivos ao exercício do poder assegurado pela Constituição.¹⁹” (V. Westel Woodbury Willoyghby, *The American Constitutional System*, 1914, pag. 142). (BRASIL, 1962, p. 256-257)

Sob a perspectiva aqui trazida, mais importante que o resultado do julgado é a afirmação do relator: o Legislativo é quem cria os **poderes implícitos**, de modo que tais poderes estariam adstritos às determinações legais.

Em seu conjunto, o período que antecede à Constituição de 1988, à exceção da IF 14, em que se criou **competência material**, está marcado por uma aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos que confere centralidade ao Poder Legislativo – de modo que os poderes implícitos reconhecem a competência legislativa. Destaca-se que os casos mais importantes situam-se antes do início da Ditadura Militar (1964), momento histórico em as competências legislativas foram distorcidas pela hipertrofia do Poder Executivo, por meio de atos institucionais, despidos de legitimidade e com mera aparência de legalidade (SILVA, 2011, p. 81).

4. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998 E A TEORIA DO PODERES IMPLÍCITOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após a promulgação da Constituição Federal, excluídos os casos que tratam do poder de investigação do Ministério Público, tem-se o seguinte panorama.

No HC 71.039/RJ (1994), o Plenário, sob relatoria do Min. Paulo Brossard, debateu a existência e os limites dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito. No caso, o Dep. Fed. Augustinho Valente – presidente da CPI do INSS – teria

¹⁹ Tradução livre, no original: “Congress must possess the choice of the means which are in fact conductive to exercise of a power granted by the Constitution”.

determinado a prisão de um investigado. A despeito do reconhecimento dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito – já consagrados no momento constitucional anterior – entendeu-se pela impossibilidade de decretação de prisão pelo Legislativo²⁰, uma vez que o poder de decretar prisões competiria somente ao juiz de direito, por previsão constitucional expressa (BRASIL, 1994, p. 57-58). Brossard apontou que os poderes investigatórios do Congresso estariam limitados à extensão de sua competência legislativa ordinária, de modo que não poderia a CPI decretá-la por ausência de previsão constitucional expressa (BRASIL, 1994, p. 296).

O RE 603583/RS – relatado pelo Min. Marco Aurélio em 2011 – tratou da possibilidade de realização do Exame de Ordem, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, como requisito para o exercício da profissão de advogado. O recurso visava o reconhecimento da ilegalidade da necessidade da aprovação no exame para o exercício da profissão. A decisão proferida pelo STF reconheceu, unanimemente, a possibilidade de que o conselho profissional regulasse o exercício da profissão, uma vez que essa é sua competência constitucional expressa e, além disso, o tema é regulado pelo art. 84 da Lei n. 8.906/94. Embora não tenham sido os **poderes implícitos** o cerne do debate, há referência a tais poderes no voto do Min. Lewandowski, que afirmou que o exame de ordem seria um meio para o exercício da competência constitucional de regulação da atividade profissional, chegando a citar até mesmo o entendimento adotado por Marshall em *McCulloch v. Maryland*:

Eu queria rememorar uma teoria bastante interessante e já clássica, a Teoria dos Poderes Implícitos. Essa Teoria foi desenvolvida pela Suprema Corte dos Estados Unidos nos longínquos idos de 1819. O Ministro Celso de Mello, certamente, lembra-se bem do caso *McCulloch x Maryland*.²¹ Tratava-se de uma discussão dos poderes dos Estados que não estavam explicitados na Constituição. Então, desenvolveu-se essa Teoria, segundo a qual, quando se confere a um determinado órgão estatal certas competências, implicitamente se delega a esses mesmos órgãos os meios para executá-las. (BRASIL, 2011b, p. 63)

²⁰ Aqui, os poderes **implícitos** são citados no simples contexto da relação de meios e fins para atingimento de poder constitucional.

²¹ Como se verá nas decisões judiciais específicas sobre os poderes investigatórios do MP, o min. Celso citou reiteradas vezes a fundamentação de Marshall em *McCulloch v. Maryland*, apresentando, em todos os casos, a mesma compreensão sobre qual seria o entendimento majoritário comandado por Marshall.

O voto não tratou, entretanto, dos contornos da Teoria dos Poderes Implícitos, apenas tendo considerado sua incidência no caso concreto. De qualquer modo, resta evidenciado que se trata de um caso de competência material que já estava constitucionalmente previsto.

No julgamento de medida cautelar na ADI 4638/DF, o tribunal debateu sobre a possibilidade de o CNJ, por ser responsável pelo controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, controlar e fiscalizar os magistrados no exercício de seu dever funcional. O motivo determinante para a possibilidade de investigação pelo CNJ advém do art. 5º, §2º, da Emenda Constitucional n. 45, que determinou expressamente que “[...] até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor”. Para além disso, há manifestações no sentido de se aplicar os poderes implícitos. Assim apontou o Min. Gilmar Mendes:

Como se vê, a Constituição concede ao CNJ poderes discricionários delimitados pelas regras de competência do art. 103-B e pelos princípios do art. 37. Desses poderes discricionários decorrem poderes administrativos “inerentes” ou “implícitos” (inherent powers, implied powers). Com efeito, quando a Constituição confere ao CNJ a competência de fiscalizar a atuação administrativa do Poder Judiciário e de fazer cumprir o art. 37, implicitamente concede os poderes necessários para o exercício eficaz dessa competência. (BRASIL, 2012, p. 305)

Desse modo, o entendimento do que seriam os **poderes implícitos** teve contornos bem particulares, pois a emenda constitucional criou uma hipótese híbrida em que a competência legislativa poderia ser exercida por um dos órgãos de execução, com competência material.

Os julgados do período, salvo a caso referente à CPI, eram situações nas quais se discutia a competência material de um órgão interno do controle administrativo (CNJ) ou uma entidade autônoma, com natureza peculiar de serviço público (OAB). Nos debates, a Teoria dos Poderes Implícitos foi sendo reduzida paulatinamente a um brocardo jurídico referente à relação entre meios e fins. Essa limitação do argumento será central para a fundamentação do julgado sobre os poderes investigatórios do Ministério Público.

5. OS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A TEORIA

DOS PODERES IMPLÍCITOS

Em 2009, no julgamento do HC 91661/PE, a relatora, Min. Ellen Gracie, fundamentou que, competindo ao Ministério Público propor a ação penal, e sendo as investigações um meio para formar a convicção do MP e instruir a ação penal, haveria **poder implícito** para que o Ministério Público investigasse:

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. (BRASIL, 2009^a, p. 280)

Desse modo, seguiu o entendimento estabelecido sob a constituição anterior, mas, como boa parte dos julgados, limitando-se a apresentar os *poderes implícitos* pela lógica de *meios e fins*, de modo que houve ampliação dos poderes do Ministério Público sem que houvesse qualquer previsão legislativa no sentido de criar tais poderes implícitos²².

Em seguida, há um grupo de julgados em 2009 sob relatoria do Min. Celso de Melo – HC 85419/RJ, HC 89837/DF, HC 90099/RS, HC 87610/SC e HC 94173/BA. Estes julgados possuem os mesmos fundamentos²³, servindo de exemplo o primeiro deles.

No HC 85419/RJ, o raciocínio do relator foi de que o Ministério Público tem a função de controle externo da polícia e nas investigações policiais deve agir em cooperação (BRASIL, 2009b, p. 19). Logo, o órgão ministerial poderia investigar por autoridade própria (BRASIL, 2009b, p. 21). Em sua fundamentação, indicou que McCulloch instituía justamente a relação de **meios e fins**, sem se aprofundar sobre os contornos estabelecidos pelo julgador ou pela Corte Marshall em relação às competências constitucionais:

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", p. 312, item n. XI, 18^a ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND

²² O RE 468523/SC, também relatado pela ministra Gracie em 2009, teve objeto idêntico e, pelos mesmos fundamentos, reafirmou os poderes investigatórios do Ministério Público. Novamente, foi unanimemente acompanhada pela 2^a Turma do STF.

²³ A decisões foram unânimes no sentido de se reconhecer os poderes investigatórios do MP.

(1819) – enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. (BRASIL, 2009b, p. 34)

Desse modo, independentemente da ausência de previsão legal expressa, foi reconhecida, novamente, a possibilidade de o Ministério Público promover investigações autônomas por meios dos **poderes implícitos**, resultando, mais uma vez, no reconhecimento de **poder implícito** em caso de competência material.

No HC 93930/RJ (2010), que versava sobre a legitimidade investigatória do MP em relação à atividade policial, o relator, Min. Gilmar Mendes, corroborou a solução anterior. Em suas palavras, enquanto o STF não delimitar o âmbito da aplicação dos poderes investigatórios, “[...] é lícito ao Ministério Público investigar, obedecidos os limites e controles ínsitos a esta função” (BRASIL, 2010, p. 4). Contudo, há que se reconhecer que Mendes apontou os poderes investigatórios do MP no caso como decorrência expressa do dever constitucional que o Ministério Público possui sobre a polícia, reconhecendo sua validade em um contexto excepcional.

A partir de 2015, houve consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação aos poderes investigatórios do Ministério Público, uma vez que as decisões anteriormente tomadas pela Segunda, foram decididas pelo plenário no RE 593.727/MG²⁴.

O julgamento foi marcado por duas correntes que apresentaram os principais argumentos sobre os quais se manifestou o STF, defendendo posições opostas. A primeira – aqui representada pelo voto do Min. Cezar Peluso – entendeu pela inexistência de **poder implícito** do MP em relação à investigação de infrações penais – ressalvados os casos expressamente autorizados por lei; a segunda, cujos votos centrais foram os dos Min. Gilmar Mendes e Celso de Mello, considerando a existência dos **poderes implícitos**, entendeu pela possibilidade ampla de investigação criminal pelo Ministério Público.

O Ministro Cezar Peluso, líder da corrente minoritária, fundamentou seu voto na ausência de previsão constitucional para que o MP investigasse infrações penais (BRASIL,

²⁴ Os fundamentos usados no julgamento deste recurso foram replicados nos votos do HC 84548, que, por isso, deixa de ser tratado neste trabalho. O mesmo se aplica à AP 611, em que o min. Fux usou os fundamentos de seu voto nos autos do RE n. 593.727/MG.

2015, p. 27). Seguiu afirmando, em citação direta a José Afonso da Silva, que só seria aplicável a Teoria dos Poderes Implícitos na inexistência da fixação constitucional dos meios de execução do poder amplo, pois:

Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes implícitos. Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição?

[...] No caso sob nossas vistas, a Constituição se ocupou do tema, conferindo a investigação na esfera penal à polícia judiciária, logo, ela não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público”. (SILVA, 2004 *apud* BRASIL, 2015a, p. 26)

Assim, posto que a Polícia Judiciária possui a competência material de investigar infrações penais²⁵ (BRASIL, 2015, p. 26-27), não poderia caber também ao Ministério Público a mesma competência material, uma vez que ausente previsão constitucional. Segundo o referido ministro, “o Poder Público, no Estado Democrático de direito, só pode agir estritamente *secundum legem*” (BRASIL, 2015, p. 38), não cabendo poderes investigatórios não expressos em lei.

Assim, a posição acima exposta indica que os poderes implícitos são secundários, somente podendo ocorrer: i) em casos excepcionais e ii) em não havendo texto explícito constitucional ou legal disciplinando aquela competência ou exercício daquele poder.

A outra corrente, que se sagrou vencedora, entendeu pela aplicabilidade irrestrita dos *poderes implícitos* de investigação do MP. Para o Ministro Gilmar Mendes:

a) a atividade investigatória não é exclusiva da polícia, pois o próprio Código de Processo Penal prevê, em seu art. 4º, parágrafo único, que a competência da polícia judiciária não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função. b) não há de se falar em violação ao sistema acusatório, na medida em que os elementos de informações colhidos pelo Ministério Público deverão ser submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa perante a autoridade judiciária. c) teoria dos poderes implícitos. d) a Resolução 13 do CNMP delimita o procedimento investigatório promovido pelo Parquet. (BRASIL, 2015, p. 79)

²⁵ No art. 144 da Constituição Federal, no §1º em relação à Polícia Federal e no §4º em relação à Polícia Civil.

Nesse sentido, entendeu-se que, uma vez que a Constituição Federal não trata da exclusividade da polícia judiciária para realizar investigações, não se pode inferir tal vedação (BRASIL, 2015, p. 88). Além disso, segundo referido ministro, o art. 4º do CPP permite a outros órgãos com competência conferida por lei investigarem infrações penais, sendo a investigação possível devido a regulamentação da Resolução 13 do CNMP. Observe-se, porém, que o art. 4º do Código de Processo Penal, em seu §1º, não veda poderes investigatórios “[...] de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função²⁶” (BRASIL, 1984, s.p.). Contudo, o voto não trata da distinção entre regulamento e lei.

O Ministro Celso de Melo, por sua vez, indicou a existência do inquérito policial “como procedimento administrativo destinado, ordinariamente, a subsidiar a atuação persecutória do próprio Ministério Público”, que seria “[...] o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela polícia judiciária” (BRASIL, 2015, p. 108.). Mostrou, ademais, que o inquérito seria um meio possível para que se chegasse à ação penal, mas não o único (BRASIL, 2015, p. 109). Tratou, o referido voto, da relação de *meios e fins*, afirmando que a amplitude dos deveres constitucionais dados ao MP implicariam na competência implícita para que a instituição tivesse “[...] os meios necessários à plena realização de suas finalidades jurídico-institucionais” (BRASIL, 2015, p. 122). Evidenciou ser o voto de Marshall em *McCulloch* o fundamento para o raciocínio de meios e fins presente em seu voto, usando a mesma citação de Marshall já apresentada em julgado anterior (BRASIL, 2015, p. 123).

Por fim, ao acompanhar os votos proferidos por Gilmar Mendes e Celso de Mello, a maioria dos ministros do STF entendeu pela possibilidade ampla de investigação pelo Ministério Público (BRASIL, 2015, p. 2).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria dos Poderes Implícitos assumiu, ao largo da trajetória constitucional brasileira, contornos distintos dos de sua criação nos Estados Unidos.

²⁶ Grifos nossos.

Nos EUA, em *McCulloch v. Maryland* (1819), a teoria surge como regra de fixação de **competência legislativa**, passando a permitir que o legislador federal possa criar determinadas normas vinculando os estados federados. As tensões políticas, sociais e econômicas de centralização e descentralização legislativa, marcam o papel da Suprema Corte Estadunidense e os diversos momentos dessa doutrina (HAMILTON *et al.*, 1787; Nº 45, p. 237/240).

No contexto brasileiro, pode-se perceber dois grandes momentos e uma tendência geral no padrão argumentativo. Antes da Constituição de 1988, a teoria ainda guarda semelhança com o contexto de origem, porém, ao longo dos julgados, percebe-se a sua simplificação para indicar uma relação simples de meios e fins. Após 1988, esse padrão se acentua, momento no qual a Teoria dos Poderes Implícitos é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecer a existência de **competências materiais** de entidades e órgãos, notadamente os poderes investigatórios do Ministério Público.

A criação da Teoria dos Poderes Implícitos no cenário estadunidense representa uma resposta a uma Constituição que, dadas as difíceis regras sobre a possibilidade de emenda constitucional, não pode ser atualizada explicitamente quanto às novas funções assumidas pelo Estado Federal e a necessidade de garantias de direitos sociais. Ao passo que, no caso brasileiro, além da relativa juventude e facilidade de alteração, nossa Constituição possui extensa regulamentação da divisão de competência e de direitos sociais (TAVARES, 2012, p. 97).

Mais do que isso, o uso da teoria que retira elementos implícitos da constituição possui contornos distintos nos Estados Unidos e no Brasil, uma vez que a constituição brasileira regula as competências constitucionais de forma muito mais detalhada que o feito pela constituição estadunidense.

A trajetória apresentada sugere que, se em seu contexto de origem estadunidense, a Teoria dos Poderes Implícitos fortalecia o legislador federal. No Brasil, o STF criou uma versão da teoria que fortalece o ativismo judicial da Corte e, especialmente, valida a criação de competências materiais não previstas expressamente em lei ou na Constituição de órgãos ou entidades.

Por derradeiro, há que se observar que, nos Estados Unidos, em temas referentes ao devido processo penal constitucionalmente garantido, a Suprema Corte também exerceu intenso ativismo, limitando as soluções adotadas pelos legislativos estaduais (DUARTE; SILVA, 2021, *passim.*). Todavia, o fez em nome dos direitos fundamentais e do caráter contra-majoritário de alguns temas, diferentemente no que ocorre na ampliação dos poderes dos agentes de persecução penal do estado, em que se exerce um ativismo de caráter majoritário, ampliando-se o poder do elo mais forte da relação jurídica Estado-jurisdicionado: o Estado.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. M. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional nº 45**. DOU 31.12.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1950]. **IF 14**. Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, DJ 26 jan.1950, p. 00880.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1951]. **RE 17468**. Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO, Segunda Turma, DJ 05 abril 1951, p. 02810, EMENT v. 00032-02 p. 00496, ADJ 18 set. 1951, p. 02812.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1957]. **RHC 34823**. Relator(a): Min. ARY FRANCO, Tribunal Pleno, DJ 06 jun. 1957, p. 08617, EMENT v. 00299-03, p. 01119.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1965]. **RE 43353**. Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Segunda Turma, julgado em 26 out. 1965, DJ 09-02-1966 PP-00257 EMENT v. 00643-01 p. 00125.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1965]. **RE 47851**. Relator(a): Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, Primeira Turma, DJ 10 maio 1962, p. 00939, EMENT v. 00498-01, p. 00253, RTJ v. 00022-01, p. 00293.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [1994]. **HC 71039**. Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 07 abril 1994, DJ 06 dez. 1996, p. 48708, EMENT v. 01853-02, p. 00278.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2009a]. **HC 91661**. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10 mar. 2009, DJe-064, DIVULG 02 abril 2009, PUBLIC 03 abril 2009, EMENT v. 02355-02, p. 00279 RTJ, v. 00211-01, p. 00324,

RMDPPP, v. 5, n. 29, 2009, p. 103-109, LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 339-347, RMP n. 43, 2012, p. 211-216.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2009b]. **HC 85419**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20 out. 2009, DJe-223, DIVULG 26 nov. 2009, PUBLIC 27 nov. 2009, EMENT v. 02384-02, p. 00252.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2010]. **RE 468523**. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01 dez. 2009, DJe-030, DIVULG 18 fev. 2010, PUBLIC 19 fev. 2010, EMENT v. 02390-03, p. 00580, RT v. 99, n. 895, 2010, p. 536-544 JC v. 36, n. 120, 2010, p. 144-160.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2011a]. **HC 93930**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe-022, DIVULG 02 dez. 2011, PUBLIC 03 fev. 2011, EMENT v. 02456-01, p.00018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2011b]. **RE 603583**. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 26 out. 2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-102, DIVULG 24 mai. 2012, PUBLIC 25 mai. 2012, RTJ, v. 00222-01, p. 00550.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2014]. **ADI 4638. MC-Ref.** Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08 fev. 2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213, DIVULG 29 out. 2014, PUBLIC 30 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal [2015]. **RE 593727**. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14 mai. 2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe-175, DIVULG 04 set. 2015, PUBLIC 08 set. 2015.

DUARTE, E. P.; SILVA, T. C. A interpretação da prova ilícita como garantia processual penal na Suprema Corte dos Estados Unidos, de Weeks (1914) a Hering (2013): breves apontamentos sobre a convergência axiológica, ou não, com a prova ilícita no Brasil. **Revista de Direito Brasileira**, v. 27, p. 216, 2021.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James [1787]. **Federalist - a commentary on the Constitution of the United States**. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co., 1864.

HODUN, Milozs. **Doctrine of Implied Powers as a judicial tool to build federal Politics – comparative study on the doctrine of implied powers in the European Union and the United States of America**. 2015. 320 f. Tese (Doutorado em Direito) - School of Law, Reykjavik University. Reykjavík: Islândia, 2015.

LEIMIEUX, S. Judicial Supremacy, Judicial Power, and the Finality of Constitutional Rulings. **Perspectives on Politics**, v. 15, n. 4, p. 1067-1081, 2017.

PAIXÃO, Cristiano. **História Constitucional Inglesa e Norte-Americana: do Surgimento à Estabilização da Forma Constitucional**. Brasília – DF: Editora UnB, 2008.

SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 368-388, jul./set. 2004.

SILVA, Jose Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNITED STATES. **Banckruptcy Act. of Mars**. 1797.

UNITED STATES. **U. S. Constitution**, 1788.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. **United States v. Fisher**. 6 U.S. 2 Cranch 358 358, 1805.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. **McCulloch v. Maryland**. 17 U.S. 4 Wheat. 316 316, 1819.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. **National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corp**. U.S. n. 241, 1937.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. **United States v. Lopez**. 514 U.S. 549, 1995.

WHITTINGTON, Keith E. The Place of Congress in the Constitutional Order. **Harvard Journal of Law and Public Policy**, v. 40, n. 3, p. 573-601, 2017.

Data da submissão: 07/04/2021

Data da primeira avaliação: 30/08/2021

Data da segunda avaliação: 06/09/2021

Data da aprovação: 06/09/2021