

A PROMOÇÃO DA JUSTIÇA: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO GAECO

THE PROMOTION OF JUSTICE: AN ANALYSIS OF THE PUBLIC MINISTRY'S ACTION WITH GAECO

Robson Fernando Santos¹

Rodrigo da Costa Vasconcelos²

RESUMO: Ao analisa o papel do Estado no exercício de seu poder, por meio de suas forças institucionais, que, aliás, serve de limite para a atuação do poder, pode gerar ou servir de condição para abusos. O poder do Estado, que é diligente para garantir a ordem social e a paz pública, tem sua legitimidade na vontade do povo, portanto, a lei é um instrumento que deveria atender a vontade popular. Apurar os fatos, tipificar a conduta e aplicar uma sanção, é o efetivo exercício que o Estado possui de exercer o *jus puniendi*. Acontece, que nos constantes excessos cometidos, por meio das instituições estatais, este próprio torna-se a gênese da violência. Nesse contexto, o Órgão do Ministério Público, O Judiciário e as forças policiais possuem competências devidamente estabelecidas pela Constituição Federal. Ressalta-se que as três instituições que agem conjuntamente, quase como uma força tarefa, para combater a criminalidade. Dentro das atribuições do Órgão que deveria tutelar a justiça, não há a atribuição de investigar, mas para suprir essa lacuna, mesmo num desrespeito desmedido das paridades de armas, o Órgão Acusatório da persecução penal, criou um órgão de investigação próprio, o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado, onde juntamente com as forças policiais e demais órgãos fiscalizatórios, permitem que o

ABSTRACT: In analyzing the role of the State in the exercise of its power, through its institutional forces, which, incidentally, serves as a limit to its performance, any abuse can serve as a condition for occurrences of voids. The power of the State, which is diligent to guarantee social order and public peace, has its legitimacy in the will of the people, therefore, the law is an instrument that should meet the popular will. To establish the facts, to typify the conduct and to apply a sanction, is the effective exercise that the State has to exercise *jus puniendi*. It happens, that in the constant excesses committed, through state institutions, this itself becomes the genesis of violence. In this context, the Public Prosecutor's Office, the Judiciary and the police forces have powers duly established by the Federal Constitution. It is noteworthy that the three institutions acting together, almost as a task force, to combat crime. Within the attributions of the Organ that should be responsible for justice, there is no attribution to investigate, but to fill this gap, even in an excessive disrespect of equality of arms, the Accusatory Organ of criminal prosecution, created a proper investigative body, Special Action to Repress Organized Crime, where together with the police forces and other inspection bodies, allow the Prosecutor to investigate how a police officer

¹ Doutor em Direito pela PUC/PR, bolsista CAPES/PROSUC.

² Doutor em Direito pela UFSC e Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina.



Promotor de Justiça investigue como se policial fosse, ou seja, há no mínimo desrespeito as regras constitucionais, que por si só já dá gênese à vícios, mesmo sendo este expressivo órgão incumbido de "promover a justiça".

PALAVRAS CHAVES: Poder do Estado. Ministério Público. Inconstitucionalidade. Gaeco.

is, that is, there is at least disregard of the constitutional rules, which in itself already gives rise to vices, even though this expressive body is charged with "promoting justice".

KEYWORDS: State Power. Brazilian Government Agency for Law Enforcement and Prosecution of Crimes. Unconstitutionality. Gaeco.

INTRODUÇÃO

Partindo da questão que perpassa por uma análise da violência como fruto da manifestação do poder, e sendo este desenvolvido pelo Estado, é que se impõe o presente trabalho visando avaliar se as atividades exercidas pelo Ministério Público, como instrumento de poder do Estado, no comando do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, estaria extrapolando suas competências constitucionais, na medida em que não faz parte de suas atribuições funcionais a investigação criminal, nem mesmo presidir tal ato?

Como objetivo, uma análise às questões relacionadas à violência foi priorizado já no início do artigo, visando entender qual é o efetivo papel do Estado, pois este se impõe, se necessário, com rigor e autoritarismo, consentindo desta forma, alguns abusos, que aliás, se evidenciou pelo simples exercício do poder. Não obstante, sempre que há abuso, há desrespeito por alguma norma por parte de quem o pratica, e nessa hipótese, esse descumprimento, é o mote da bestialidade.

O Estado já, portanto, é causador de violência, em diversas situações, porém, quando este mesmo Estado desrespeita algum regramento, em especial, as regras constitucionais, a violência se mostra ainda mais evidente.

De forma específica, o objetivo é discorrer sobre as atribuições constitucionais do Ministério Público, mas também, as competências das forças policiais; do controle externo que aquele Órgão exerce sobre essas forças; e, sobre a forma de atuação do próprio Ministério Público, em específico junto ao GAECO.

De forma final, se analisa a atuação do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado, e se neste espaço, o Representante do Ministério Público, estaria ou não cometendo algum ato que foge da sua competência institucional, pois nas suas atribuições dispostas no artigo 129 do texto constitucional, não elenca a atividade de investigar. Até uma PEC já foi infelizmente votada no Congresso, com expressivo debate, em que pese de baixa participação principalmente da sociedade, pois houveram muitos posicionamentos calcados apenas no senso comum, pois poucos sabiam do que se tratava o teor da PEC 37³. Obviamente, nas audiências públicas que ocorreram pelo país, em que pese de forma sempre muito isolada, houveram poucas condições de se estender e esclarecer o debate para toda a sociedade.

Não se poder deixar de olvidar ainda, que a proposta do Projeto de Emenda Constitucional nº 37 sequer propunha alguma alteração nos dispositivos que tratam das atribuições do Ministério Público, ela apenas incluiria um parágrafo a mais no artigo 144, que discorre sobre os órgãos da Segurança Pública, ou seja, as competências do Promotor de Justiça ficariam intactas.

É justamente sob a égide dessas atribuições constitucionais da Polícia Judiciária e do próprio Ministério Público, que a atuação do GAECO, sob a presidência de um Promotor de Justiça é analisado, para buscar resposta para o problema da presente pesquisa, e para entender como o Estado, por meio de suas instituições, descumpra diuturnamente os regramentos legais, assim como a Constituição Federal, e esse fato gera violência.

O fato gerador da violência por parte do Estado é justamente, em nome da imposição do poder, permitir que um órgão estatal descumpra uma regra, e praticar, a partir de então, atos ilegais, e pior, mesmo sendo ilegal, o próprio Estado, por meio do Poder Judiciário, chancela tal absurdo, quando apenas em raríssimos casos, reconhece a ilegalidade da investigação realizada pelo Ministério Público.

A violência gerada pelo Estado é desmedida quando o assunto é a persecução penal e o efetivo exercício do direito de punir. A justificativa de garantir a ordem social e combater a impunidade tem gerado verdadeiras atrocidades, e alguns retrocessos, inclusive.

³ Posteriormente, o STF fixou condições para que o Ministério Público investigasse (RE 593727).

A evolução da ciência penal ocorreu essencialmente na aplicação da pena, e esta é a que mais retrocesso sofre por parte da violência cometida pelo Estado, quando descumprir a lei para aplicá-la, não só na fase da execução, mas em especial, quando o encarceramento torna-se o único artifício que o Estado tem de demonstrar a sua força no combate a criminalidade, o que se agrava imensuravelmente, quando o ato da prisão, por exemplo, é fruto de um ato ilegal, cometido por um agente que não tenha a competência legal para tal deliberação.

Este trabalho buscará mostrar o quanto é temerário para o Estado Democrático de Direito, quando uma Instituição responsável para promover a Justiça, transgride a Constituição Federal, causando uma insegurança jurídica incomensurável, agindo sob o manto de um Órgão inconstitucional, como é o GAECO, apenas para tentar disfarçar a inoperância do Estado em aplicar uma política criminal mais efetiva.

1 O DILEMA DO ESTADO CAUSANDO OU CONTROLANDO A VIOLÊNCIA

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, o Estado, por meio de suas Instituições estabelecidas na Constituição Federal, exerce a persecução penal e o seu *jus puniendi*, com o escopo de manter a ordem social.

Via de regra, a junção da atuação dos três Poderes do Estado constituem, quase como se fosse, uma força tarefa para combater a criminalidade e a violência. Nesse contexto, pelos ditames estabelecidos pelo princípio da legalidade, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão virtude de lei. Aliás, é o apoio do povo que confere poder às instituições de um país, e esse apoio não é mais do que a continuação do consentimento que trouxe as leis à existência.⁴

Todas as instituições políticas, e, portanto, todas as que compõem o Estado, são manifestações e materializações do poder; e elas se petrificam e decaem tão logo haja ou não o poder vivo do povo de sustentá-las.⁵

O Estado ao definir os embargues da lei, principalmente nos limites do garantismo constitucional, evidencia o escopo do mesmo nesse desafio, qual seja o “estabelecimento e o

⁴ ARENDT, Hannah. Sobre a violência. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

⁵ *Ibidem*, p. 57.

desenvolvimento da vida em sociedade geram a necessidade de criação de mecanismos assegurados de sobrevivência da própria sociedade. Entre os mecanismos referidos, encontra-se a ideia de tutela de direitos. A sua origem pode estar fundada na concepção individual do justo, entrelaçada aos princípios sociais e religiosos formados durante o desenvolvimento da sociedade primitiva. Através do direito, se busca, inexoravelmente, estabelecer uma maneira para administrar os conflitos nascidos no âmbito da comunidade, assim como criar uma direção de conduta aplicável a todos os integrantes do grupo social.”⁶

A regra penal nessa conjuntura inaugura a norma repressora dispondo que não há ilícito e nem sanção, sem uma lei anterior que a defina, ou seja, o delito se combate com punição, e essa é a regra para a garantia do controle social.

No entanto, pela ciência que representa o Direito Penal, sua aplicabilidade deve-se limitar sempre pelos parâmetros constitucionais, respeitando tal regra, haja vista que é a Constituição que orienta, de modo primordial, por meio dos seus princípios, regras e valores, direta e indiretamente, tanto os objetivos do Direito Penal como seus principais limites.⁷

O Direito como um todo é feito e aplicado aos homens, e o Direito Penal tem uma peculiaridade relevante, é uma área que labora muito com a natureza humana, e, portanto, essa não pode ser ignorada, pois parte desta, a origem da violência, seja com desígnio de defesa, sobrevivência, ou inclusive, como gênero de negatividade da ação do homem.

O mote da persecução penal propende aquilo que Baudrillard também chama de terror, que é a nossa violência, que infelizmente, o mesmo autor ainda critica, pois é amplamente divulgada e difundida pela mídia, tornando, por exemplo, perigoso frequentar e estar em locais públicos "onde opera a televisão, haja vista a forte probabilidade de se produzir um acontecimento violento, induzido por sua própria presença", justamente porque é disso que sobrevive a violência semeada pelo terrorismo, pois este se aproveita da ociosidade e da indiferença do espectador de TV.⁸

⁶ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Noções gerais da arbitragem. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.13

⁷ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: parte geral. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 73

⁸ BAUDRILLARD, Jean. Ensaio sobre os fenômenos extremos. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 8 ed., Campinas: Papyrus, 2004.

A violência decorre de uma certa apatia, de um vazio político, praticamente implosivo, que pela sua indiferença permite que o exercício do poder do Estado seja desenvolvido e aplicado de forma desvirtuosa, em uma grande parcela da competência estatal. Esse fato, gera, por vezes, verdadeiras barbáries, pois desestabiliza, por uma ação do próprio Estado, aquilo que deveria ser difusor de tranquilidade, pois este silêncio histórico, abre espaço para o terrorismo, por exemplo, que se externa como o "espelho transpolítico do mal".

Decorrente do exercício natural do Poder, ou da sua imposição como forma de controle e garantia da paz social, surge, mesmo que subjetivamente e/ou infundadamente, o conflito entre o bem e o mal, ou seja, o mal se lançando sobre o bem, que na verdade é um valor ideal, sempre concebido de modo protecionista, miserabilista, negativo e racional. O objetivo estatal, portanto, muitas vezes a qualquer preço, o que, aliás, via de regra, sempre sai muito caro, é a minimização do Mal, a profilaxia da violência e da segurança.

Acontece que muito dessa ação humana do mal, espelha a forma como o qual o Estado trata os seus membros, ou neste caso, tutela a denominada ordem estabelecida, impondo punições, que pela forma como os castigos são aplicados, representam, muitas vezes, uma violência tão expressiva quanto a praticada pelo indivíduo que recebe a sanção prevista em lei.

Aplicar a lei, e, portanto, castigar o desvio de alguém, é um ato institucional, que de certa forma, a necessidade de aplicar um castigo, não deixa de ser uma vontade do povo, que na atual conjuntura é temerário, diante do predomínio do senso comum.

É inegável, portanto, que para que o Estado possa garantir o devido controle social, ele precisa exercer o seu domínio, e, por conseguinte, impor o seu poder, exigindo, inclusive, que a sociedade assimile esse seu vigor. Nesse sentido, na lógica de Voltaire, o poder consiste em fazer, compulsoriamente, que todos ajam conforme as escolhas de quem manda, ou seja, a governabilidade é garantida por exigências, que consistem em legitimar ações mais duras possíveis visando a verdadeira batalha contra a paz social.

O poder, como instituto de domínio, é uma forma de violência, evidenciando uma forma extrema de poder, de todos contra um, contudo, há ainda uma forma extrema de violência, que é um contra todos, sendo que esta só é possível por instrumentos, da forma como se exemplifica ilustrando o fato de haver um conflito da violência contra a violência, a

superioridade do governo tem sido sempre absoluta; mas essa superioridade dura apenas enquanto a estrutura de poder do governo está intacta - isto é, enquanto os comandos são obedecidos e as forças do exército ou da polícia estão prontas a usar suas armas. Quando esse não é mais o caso, a situação muda abruptamente.⁹ Ocorre, por vezes, em nome da legalidade, excessos, que se tenta falaciosamente expor que a violência pode até ser justificável, em algumas hipóteses, mas nunca será legítima.

Mesmo existindo diversas formas de violência, o importante é observar o aspecto estrutural, antropológico da violência, que neste último, poderá se perceber a dualidade do sentimento que caracteriza a violência.¹⁰

O próprio trágico, que bem traduz a presença de um mal incontornável, refere-se essencialmente à força da alteridade, ou seja, ao fato de que em cada coisa, em cada situação, existe seu contrário. A própria religiosidade (ou quaisquer crenças), é dotada de duplicidade, a existência de Deus, coexiste com a figura do Diabo, a bondade suprema, coexiste com a crueldade não menos divina, naquilo que Jung tratou como uma zona de sombras, na instabilidade interna de Iavé (nome de Deus, no Antigo Testamento), a própria condição da criação.¹¹

Não existe, portanto, estado ideal, seja político, social ou individual, pois há sempre a ameaça de forças contrárias, que inclusive explicam as traições, a versatilidade das massas na ordem política, as múltiplas mutações, metamorfoses, transformações numa carreira humana.

A legitimidade política é ameaçada quando se tomam decisões de enorme consequências apoiadas apenas por uma maioria simples ou pequena.¹²

É previsível, sob o contexto da legitimidade, criar falsas expectativas, pois permite que em determinadas situações, como por exemplo, o cometimento de um crime bárbaro ou ainda, na atual conjuntura, em crimes que apurem a prática de corrupção, que os responsáveis pela aplicação da justiça, possam se tornar inobediente aos direitos fundamentais, do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, e da isonomia de tratamento, o que em época de AP 470 e Lava Jato, por exemplo, estão sendo comprometidos, diante de uma atuação

⁹ *Ibidem*, p. 57.

¹⁰ MAFFESOLI, Michel. A parte do diabo: resumo da subversão pós-moderna. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004

¹¹ MAFFESOLI, p. 63

¹² HABERMAS, Jürgen *apud* DWORKIN, 2000, p. 166.

desvirtuada do Ministério Público, que aliás, se estende ao Estado/Juiz, quando a pessoa do Magistrado age como uma espécie de justiceiro.

O que está errado é acreditar que ou só a lei, ou só os Tribunais é quem tem as respostas para os problemas, sendo que o correto é acreditar que o Direito não se resume apenas à lei, assim como não se pode aceitar que a última palavra dos Tribunais seja a efetivamente correta.¹³

Como hipótese, sempre que o Estado desrespeita as leis, mesmo que em nome do necessário estabelecimento do Poder, deste ato decorre violência, que infelizmente muitas vezes é aceita, como se não fosse letal, pois a mesma é tida como um elemento essencial da construção simbólica social. Esta triste justificativa permite, diante disso, prevalecer no senso comum da sociedade as figuras dos "heróis", mas também permite criar uma inventiva sensação que na estrutura processual, o Ministério Público dota de creditada perfeição, quando na verdade, se percebe que nem este Órgão respeita as leis.

2 A VERDADEIRA FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A existência do Órgão do Ministério Público remontam desde o Egito antigo, representado pelos *magiai* (procuradores do rei), perpassando pela Grécia e Roma, por toda a antiguidade, a Idade Média, até que em 1302, na França, o Ministério Público é reconhecido como instituição.¹⁴

No Brasil, o Órgão tem sua gênese atendendo toda a evolução da Instituição Portuguesa, que durante a colonização, praticamente implantou a estrutura lusitana existente na Europa.

Perpassando por todos os momentos históricos brasileiros, e, por conseguinte, por todas as Constituições Federais, até culminar na última promulgada em 1988, que garantiu ao órgão do Ministério Público, sua estabilidade e essencialidade para a atividade jurisdicional

¹³ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁴ SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público - aspectos históricos. Revista eletrônica do PRPE, fevereiro. 2004. <http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/content/download/1669/14828/file/Souza%20-%20Ministerio%20Publico%20aspectos%20historicos.pdf>. Acessado em 29 de julho de 2015.



do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹⁵.

Constitucionalmente, suas funções institucionais, são delimitadas pelo disposto no artigo 129, que estabelece que o Ministério Público é o autor da ação penal pública incondicionada, cabendo-lhe ao Órgão, promover, privativamente, a ação penal pública, desde que atenda a legalidade. Cabe ainda aos membros dessa Instituição atuar no zelo e respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, inclusive, desde que não fuja de suas atribuições.

Sua capacidade postulatória lhe permite 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, assim como promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos no texto constitucional. Este Órgão também defende, judicialmente, os direitos e interesses das populações indígenas.

Outra função definida pela Constituição é de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva. Cabe-lhe ainda o exercício do controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo 128 da Carta Magna. O Ministério Público ainda pode requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. E por fim, pode 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.

É patente, que o Ministério Público, pela gama de atribuições que lhe é conferido, tem sim o escopo de promover a justiça, desde que, como tal, respeite os limites de suas funções, pois caso contrário, como acontece nas hipóteses de qualquer excessos sempre, as respectivas ações se revestem de ilegalidades.

¹⁵ Artigo 127, da Constituição Federal.

Sendo um dos papéis do Estado a garantia da ordem pública, e para tanto, se exerce a persecução penal, como já destacado, o órgão do Ministério Público, é um protagonista no processo penal, sendo, na hipótese das ações penais públicas incondicionadas, o dono da ação penal, decorrente de um poder-dever de atuar a vontade da lei, sem, contudo, como também previsto no texto constitucional, participar da relação jurídica do direito material, condição *sine qua nom* para definir o interesse processual da parte.

Defende-se inclusive, que o Ministério Público nunca foi, e nunca será parte no processo penal, pois este nunca pede em nome próprio, chegando ao ponto de agir, em razão de seu ofício, sem a interferência e/ou vontade da vítima, pede em prol da sociedade. Contrariamente a tal raciocínio há quem defenda que o Ministério Público como parte, pois sendo este um instrumento do Estado de efetiva relevância para o exercício do *jus puniendi*.¹⁶

Dentro ainda das atribuições do Ministério Público, como autor da ação penal, seu principal escopo é de exercer o seu efetivo papel de acusação, e como tal, deve atender ao devido processo legal, mas também respeitar o sublime princípio contraditório e da ampla defesa.

A melhor forma adotada pela legislação nesse sentido, para garantir a isonomia entre as partes, é sem dúvida alguma garantir da paridade de armas entre os atores do processo. Fica notório, portanto, que se o Órgão acusatório atua como se Polícia fosse desde o momento da investigação, na fase inquisitória, não só esta desequilibrando o tratamento isonômico entre acusação e defesa, além do que esta atuação também ultrapassa suas atribuições constitucionais, uma vez que em nenhuma das estabelecidas pelo art. 129, dispõe especificamente, de que o Ministério Público tem a prerrogativa de investigar, muito pelo contrário, essa função específica é exclusivamente garantida e disposta para as polícias judiciárias, em âmbito nacional, exercido pela Polícia Federal, e nos estados, pela Polícia Civil.

Não se pode confundir o exercício do controle externo da atividade policial (atendendo a lei complementar) e a possibilidade de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, como poder e competência para investigar, até porque a investigação de longe entende-se como uma função compatível com sua finalidade. Nesse sentido, aliás, foi o

¹⁶ Lopes Jr. Aury. Direito Processual Penal. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

entendimento do Min. Eros Graus, quando da análise da Ordem do Habeas Corpus 95.009/2008, em que esclareceu a divisão constitucional das respectivas competências, expondo o entendimento da Suprema Corte que sustentou as atribuições pelas características da sociedade moderna, que permitiu o advento do Estado moderno, onde este se organizou e se desenvolve, sob a garantia da divisão do trabalho, da monopolização da tributação e, inclusive, da violência, e assim concluiu que "(...) em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada, admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do art. 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (art. 129, I)."¹⁷

Mesmo já havendo entendimento diverso que permite ao membro do Órgão Ministério Público de investigar, há de ressaltar que nem sequer a incumbência que esta Instituição tem de controlar externamente a atividade policial, não pode servir de fundamento para tal permissão, pois o controle externo serve tão apenas para a garantia da ordem pública, e não que lhe permita atuar nas vezes da autoridade da polícia judiciária, que é quem tem a atribuição, não só funcional, como técnica também, de praticar a investigação.

Esse fato de não haver previsão própria que permita a investigação por parte do Ministério Público, isso não quer dizer que esta Instituição não possa atuar no combate à violência e a criminalidade, muito pelo contrário, pois o mesmo dispositivo constitucional prevê a condição do Promotor de Justiça requerer à Autoridade competente a instauração de inquérito policial e demais diligências investigatórias, mas percebe-se que essa prerrogativa não estende a específica função de investigar, muito menos de presidir tal ato, de exclusividade, da atuação do Delegado de Polícia.

Nota-se ainda, que como não há nenhuma previsão específica que disponha no texto da Constituição Federal, o Ministro Nelson Jobim, firmou entendimento que a Constituição Federal "dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *Parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus

¹⁷ HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-11-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008.

membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes."¹⁸

Não havendo nenhuma possibilidade jurídica constitucional que permita o Ministério Público de investigar, esta foi a mesma lógica adotada pela Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Na referida legislação, em seus artigos 3º e 25, especificadamente, há as atribuições que são legalmente cabíveis ao Promotor de Justiça realizar, além, daquelas já previstas na Constituição Federal, e, novamente, em nenhuma delas faz qualquer menção, e muito prevê a hipótese do ato de investigar ser competência do *Parquet*, permitindo apenas a possibilidade de participar como uma espécie de articulador da investigação, quando é oportunizado apenas requerer as medidas cabíveis junto ao Órgão Policial competente.

É diáfano, conseqüentemente, perceber que por ser o membro do Ministério Público o "promotor da justiça", esta só é atingida quando o Estado, por meio de suas Instituições cumpre a norma, principalmente a Constitucional. Sempre, contudo, adota-se esta norma Magna, e esta deve prevalecer, quando houver lacuna de outra legislação específica ou quando algum valor esteja em risco, e uma decisão precisa ser dada. Para evitar abusos, e, portanto, garantir efetividade nas decisões, a Constituição dá o norte que se precisa, e este deve ser a base da fundamentação jurídica necessária.¹⁹ Sendo assim, não cabe o Estado atribuir à uma Instituição que não possui capacidade jurídica para investigar, tal incumbência.

3 O GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIAL DE REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO GERANDO VIOLÊNCIA SOB O MANTO DA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA

A origem do modelo adotado no Brasil para a implantação institucional do GAECO - Grupo de Atuação de Repressão ao Crime Organizado, aproveitou a experiência do Estado do Paraná, que em 1994, pela Resolução nº 97, de 20 de janeiro de 1994, criou a PIC - Promotoria de Investigação Criminal, com atribuições de caráter geral na área criminal. Dessa experiência, em 1995, após uma reformulação partindo do exemplo paranaense, como se fosse

¹⁸ (RHC 81.326, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 6-5-2003, Segunda Turma, DJ de 1º-8-2003.)

¹⁹ POST, Richard e SIEGEL, Reva. Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires, Siglo Veinteuno Editores, 2013.

algo pioneiro, o que na verdade não era, o estado de São Paulo, com o objetivo de centralizar o combate às organizações criminosas em um único organismo, criou uma estrutura denominada de GAECO, que atual de forma integradas com os Promotores de Justiça, exercendo, dentro deste grupo a função equivocada de investigar.

O equívoco na verdade, encontra-se no meio que o Estado lança mão para combater a criminalidade e a violência, ou seja, na vã tentativa de encontrar um meio eficaz para dar uma resposta mais efetiva à sociedade, sem, contudo, realmente realizar e implantar as políticas necessárias para no mínimo agir em equidade, especialmente perante as organizações criminosas. Diante desse fato o que se vê são praticamente tentativas de tentar encontrar uma solução menos gravosas, principalmente, que não necessitem de muitos investimentos, e, por essa razão, adotam-se algumas práticas mesmo que ilegais, fato este que acaba por enfraquecer mais o Estado, do que auxilia.

Após analisar a verdadeira função do Ministério Público, no jogo que é o trâmite de um processo penal, avalia-se o Promotor de Justiça como um jogador, que por falta de regras, não pode, porque a norma do jogo não lhe permite de jogar o "pré-jogo", pois nem a Constituição Federal, nem a LOMP, e as Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público nº 13 e 20, não suprem a legalidade do ato, ou seja, o Ministério Público não pode investigar, principalmente da forma como se atua junto ao instrumento de investigação, pois o GAECO, trata especificamente de uma modalidade criminosa, o crime organizado, no entanto, diante dos princípios da impessoalidade e da legalidade, não pode este Órgão escolher os casos que irá investigar, ou seja, como jogador, é titular na partida da ação penal e não da investigação.²⁰

Nesse contexto, aliás, é importante destacar o julgado do Processo nº 0162548-04.2013.8.19.0004, em que o MM. Juiz André Luiz Nicolitt, em sua fundamentação após profunda análise jurídica rejeitou a denúncia, justamente porque entendeu que o inquérito policial não poderia servir como base para a peça acusatória justamente, porque o Ministério Público atuou inconstitucionalmente, na prática dos atos investigatórios. Para o Magistrado, em sua sentença elencou os argumentos que entendeu serem contrário para sustentar a sua decisão, são eles: "a) A Constituição não dotou expressamente o MP do poder de conduzir o

²⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

inquérito; b) A Constituição atribuiu ao MP o poder de controle externo da atividade policial e não de condutor da investigação criminal; c) A legislação infraconstitucional não prevê, expressamente, o poder de investigação direta pelo MP, não sendo possível chegar a tal conclusão por meio de interpretação extensiva das disposições constitucionais e legais; d) Os projetos de emendas constitucionais que pretendiam dar tal poder ao MP foram rejeitados, o que evidencia a vontade do legislador em negar ao MP esta atividade de investigação direta; e, e) A investigação pelo MP sem previsão legal e sem controle daria azo ao arbítrio, ao voluntarismo e aos caprichos pessoais, além de não atender à impessoalidade e ao distanciamento crítico, necessários à análise sobre o oferecimento ou não da denúncia."

Perante esses argumentos, o Juiz, assim entendeu: "A) O primeiro argumento contrário à investigação direta pelo MP decorre da interpretação literal da Constituição. No art. 129, I, o legislador escreveu: "promover, privativamente, a ação penal pública (...)"; enquanto que no inciso III a redação é: "promover o inquérito civil e a ação civil pública (...)". Desta redação extraem-se duas conclusões. Primeiro, o legislador constituinte não atribuiu ao MP a promoção do inquérito penal como fez com o inquérito civil. Segundo, não deu atribuição privativa para a promoção da ação civil pública. Do contrário, teria formulado redação idêntica aos dispositivos simétricos. B) Ainda no plano constitucional, a teoria dos poderes implícitos deve ser vista com cautela, pois nem sempre quem pode o mais pode o menos. Para exemplificar, o juiz pode condenar o acusado (que seria o mais), mas não pode pedir a condenação (que seria o menos). Isto porque estamos diante de funções incompatíveis. A teoria dos poderes implícitos só é aplicável quando estivermos lidando com funções compatíveis entre si. No caso em exame, o *munus* do controle externo da atividade policial é incompatível com o de investigar, pois se quem tem o dever de controlar a investigação é quem investiga, a investigação fica sem controle, contrariando a vontade constitucional. C) O art. 26 da Lei 8.625/1993, em seu inc. I, atribui uma série de poderes investigatórios ao MP, mas estes se referem tão somente ao inquérito civil e aos procedimentos administrativos pertinentes (inciso I, parte final); ao contrário, no inciso IV do mesmo artigo, os poderes atinentes ao inquérito policial são ligados à requisição de diligência e de instauração do inquérito. Dessas premissas cremos que a investigação realizada pelo Ministério Público no atual sistema legal em vigor não possui amparo. Entendemos, por outro lado, que não haveria qualquer inviabilidade de o legislador atribuir ao MP essa atividade, desde que fossem

estabelecidas regras relativas às hipóteses de cabimento e à forma de condução, bem como um órgão de controle que não fosse o Judiciário, vez que esta função é incompatível com a jurisdição. A possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público não pode prescindir de controle, sob pena de violar a Constituição (art. 129, VII, da CF/1988). Em resumo, a investigação pelo Ministério Público só terá validade quando houver lei, em sentido formal, que autorize expressamente a investigação. Ademais, a lei só teria validade constitucional se estabelecesse também uma forma de controle sobre a investigação realizada pelo *Parquet*, controle este que não arranhasse o sistema acusatório, ou seja, controle não judicial. Por fim, cumpre dizer que a Resolução 13/2006 do CNMP não atende aos referidos dispositivos, apresentando flagrante inconstitucionalidade. Nem se pode imaginar que a rejeição da PEC 37, por via oblíqua, teria dado ao MP o poder de investigar. Na verdade, o texto pretendia tão somente incluir um parágrafo (§10) no art. 144, deixando expreso a exclusividade investigativa pelas polícias. Desta forma, a rejeição daquele projeto não preenche o vazio normativo para atribuir ao *Parquet* poder que não tem e nunca teve a partir da Constituição de 1988. Para nós, toda investigação direta, pautada na Resolução 13/2006 do CNMP, é inconstitucional, ilegal e nula. Por outro lado, cumpre registrar que há casos com expressa previsão legal de investigação criminal pelo MP. (...). Independentemente dessa discussão, é certo dizer que as atividades investigatórias devem ser exercidas precipuamente por autoridades policiais, sendo vedada a participação de agentes estranhos à autoridade policial, sob pena de violação do art. 144, §1º, IV da CF/1988, da Lei 9.883/1999 e dos arts. 4º e 157 e parágrafos do CPP."²¹

Como já dito, a garantir ao Ministério Público, atuar a frente da investigação, mesmo atuando com as demais forças policiais, junto ao GAECO, desequilibra a equiparidade entre as partes, arranhando o devido processo legal, até porque "quem investiga adota, no início, um determinado ponto de vista, uma hipótese provisória, sem a qual nenhuma conclusão advirá. Tal hipótese pode seduzir o investigador de tal forma que o torne indiferente a qualquer outra possibilidade, o que seria extremamente danoso se ocorresse com um promotor-inquisidor e se torna minimizado com a separação de funções, tal como posta nas normas. Sim, porque, sem embargo dos bons motivos já elencados para não se acatar a figura do MP investigador, a

²¹ NICOLITT, André Luiz. Ministério Público não pode investigar e Juiz André Nicollit (TJRJ) rejeita denúncia. São Gonçalo. 2015. Disponível em <http://emporiadodireito.com.br/ministerio-publico-nao-pode-investigar-e-juiz-andre-nicollit-tjrj-rejeita-denuncia/>. Acessado em 28 de julho de 2015.

maior das razões é que, simplesmente, a CF, tanto como as demais leis, não o permitem. A interpretação dada pelos que afirmam poder o MP investigar crimes é equivocada, de leitura distorcida, porque é impossível uma interpretação que não sistemática dos incisos de um artigo de legislação em descompasso com sua *mens legis*. As funções do MP vêm estabelecidas no art. 129, da CF, e, dentre estas, não encontramos a de investigar crimes. Visualizamos, sim, a de exercer o controle externo das atividades policiais, na forma da lei complementar e, do exame da LC 75/93, também não achamos a tal função de investigador criminal."²²

A ilegalidade do ato de permitir que o Ministério Público atue junto ao Grupo de Atuação de Repressão ao Crime Organizado, não se restringe apenas ao fato de dar condições ao Promotor de Justiça que presida toda a fase investigatória, afrontando assim todos os dispositivos legais que não lhe dão essa incumbência. Na verdade, algumas condições também são igualmente questionadas em termos de injuridicidade, pois igualmente desrespeita a regra disposta na Constituição Federal, em especial àquelas estabelecidas no artigo 144, que trata da organização dos órgãos da segurança pública.

Segundo o texto constitucional, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e deverá ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, das polícias civis, das polícias militares e corpos de bombeiros militares e das guardas municipais. Desses órgãos, conforme preceitua os §§ 1º e 4º do mesmo artigo 144, da Carta Magna, apenas a Polícia Federal e as Polícias Civis, tem atribuição investigativa, pois são estruturadas como polícias judiciárias competentes para apurar infrações penais, respeitando suas respectivas alçadas.

A atuação do Ministério Público, portanto, junto ao GAECO - Grupo de Atuação de Repressão ao Crime Organizado, afronta à Constituição Federal, também pela sua forma de atuação, pois o representante do Ministério Público, além de desempenhar irregularmente a função de presidir a investigação para apuração de uma infração penal, permite, por exemplo, que policiais militares e agentes de órgãos fiscalizatórios administrativos, também exerçam a desvirtuada atividade de investigar, ou seja, o órgão do Ministério Público, contribui para um

²² VIEIRA, Luís Guilherme. Ministério Público investigador: uma inconstitucionalidade. Curitiba. 2013. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/67520/>. Acessado em 02 de agosto de 2015.



desrespeito patente das regras constitucionais, gerando não só um ato de ilegalidade, mas principalmente, um ato de violência para com a sociedade, quando age à margem da lei.

Outrossim, não esta se aprofundando nas práticas adotadas pelo GAECO, capitaneadas pelo Ministério Público, em que desenvolve investigações intensas, por meio de quebras de sigilos telefônicos, bancários e fiscais, muitas vezes, numa verdadeira varredura e controle da vida de muitas pessoas, o que muitas vezes remonta aos períodos do Estado de Exceção, em que o Estado mantinha um Órgão específico para a mesma finalidade.

Vivesse, na verdade, num momento tumultuado que prevalece uma crise paradigmática, em que se deposita créditos de confiança na barbárie, desde que seja em nome da persecução penal, o Ministério Público, em especial, e o próprio Judiciário, passam a serem vistos como instrumentos de confiabilidade, mesmo que violem regras básicas de direitos fundamentais em nome de uma falsa sensação de efetividade que a punição gera. É falsa, justamente, porque não se pode admitir controle por parte do poder do Estado, sob o mote da insegurança jurídica e do desrespeitos às normas. Essa ideia mal formada precisa mudar, "enquanto não se enfrentar o núcleo do problema, ou seja, a incompatibilidade da concepção social dos institutos jurídicos processuais com o paradigma atual (Estado Democrático de Direito, temperado pela fraternidade), o processo penal brasileiro continuará possibilitando o autoritarismo e produzindo incoerências."²³

Diante de toda essa disposição, fica nítido o desvio de função do Ministério Público, mesmo atuando privativamente no seu próprio Órgão devidamente constituído para tal finalidade, pois a sua competência Constitucional principal, em regra, é de promover a ação penal própria, devidamente estabelecida pelo artigo 129, inciso I, da Carta Magna, o que em todo o seu disposto não engloba a investigação criminal, "esta competência não é um *minus* em relação àquela. Trata-se, na verdade, de uma competência diversa e que foi atribuída de forma expressa pelo constituinte a outro órgão. Não se aplica aqui, portanto, a lógica dos

²³ SILVERIO JR., João Porto. O devido lugar do Ministério Público no devido processo penal fraternal (Parte 1). 2015. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/o-devido-lugar-do-ministerio-publico-no-processo-penal-fraterno-parte-i-por-joao-porto-silverio-junior/>. Acessado em 01 de agosto de 2015.



poderes implícitos, pela qual o órgão a quem compete o mais, compete igualmente o menos."²⁴

Manter e aceitar essa prática, é sem dúvida fomentar o abuso de Poder por parte do Estado, é na verdade, compartilhar com a falta de respeito às leis, e com o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito. Admitir que um Órgão tão expressivo como o Ministério Público use de seu poder de forma abusiva, em nome de uma legalidade que não existe, é sem dúvida alguma dar gênese à uma violência desmedida, tão grave quanto à causada pelas organizações criminosas, as quais se tentam justificar a existência do GAECO, quando na verdade, o que menos se faz com essa prática, é promover a justiça que se espera.

CONCLUSÃO

A hipótese da pesquisa foi concluída demonstrando que o Estado quando impõe seu poder deve fazê-lo dentro de limites constitucionais, pois caso contrário comete abusos, e desses excessos, decorre a violência.

Numa análise da atuação do Estado, por meio de suas instituições, fica patente que essas exercem papel fundamental para a efetividade estatal que se espera, e, quando esta não é atingida, medidas, em que pese paliativas, são tomadas apenas para resolver o efeito do problema e não a causa. No combate a violência e a criminalidade, infelizmente essa é uma prática comum pelo Estado que não investe nas políticas públicas necessárias, e busca sempre encontrar meios que na verdade apenas geram falsas impressões de segurança.

A lei, em especial a regra constitucional, é sem dúvida, o instrumento mais balizador e eficaz para a promoção do justo, e nela, o Estado deve balizar as suas ações, aliás, a Constituição Federal estabelece as regras e as competências de cada importante órgão estatal, e dentre eles, as atribuições do Ministério Público e dos Órgãos que compõem a Segurança Pública, em específico as Polícia Judiciárias.

²⁴ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. Revista de Direito Administrativo Aplicado, nº 2, Curitiba, 2004.

Os artigos 129 e 144 do texto constitucional, respectivamente, definem as competências e atribuições do Ministério Público e da Polícia Federal e Civil. Tais regramentos, deixam claro o papel de cada órgão estatal, assim como os define como autônomos naquilo que possuem como pertinências.

A regra Constitucional, portanto, estabelece que o Ministério Público possui diversas atribuições, dentre elas o controle externo das atividades das polícias, a possibilidade de requerer a instauração e diligências em inquéritos policiais, mas não traz essa incumbência específica, nem mesmo a LOMP, permite tal ação, justamente porque, a apuração de infrações penais, por meio da investigação pré processual é obrigação exclusiva da Autoridade Policial competente, ou seja, o Delegado de Polícia, o único com capacidade técnica e funcional para investigar.

Qualquer forma diversa de investigação dessa natureza, realizada por outra Instituição reveste-se de ilegalidade, que aliás, já fora devidamente reconhecida em alguns julgados, mas que, o Ministério Público insiste em realizá-la e afirmar, mesmo que unilateralmente, que possui essa atribuição.

De forma inconstitucional até, como apresentado neste trabalho, o Ministério Público criou, em 1995, um Órgão próprio para exercer ilegalmente a sua função de investigar, o GAECO - Grupo de Atuação de Repressão ao Crime Organizado. Esta estrutura é ilegal não apenas porque permite que o Promotor de Justiça atue de forma irregular presidindo uma investigação pré processual, mas também porque torna seletiva a atuação da investigação, fato este que desrespeitam os princípios da impessoalidade e da legalidade, que norteiam a atividade ministerial.

O GAECO é portanto, o exemplo da forma como o Estado age para tentar apresentar uma maior efetividade no seu exclusivo exercício do *jus puniendi*, cometendo abusos e irregularidades em nome de um bem maior que é o combate à criminalidade e a impunidade. É manifesto, portanto, que o Estado acaba combatendo o ilícito, com outro ilícito, e essa prática, sem dúvida, é fonte geradora de violência, pois causa muito mais malefícios do que benefícios à ordem democrática, pois gera um autoritarismo infundado, que causa uma insegurança jurídica muito mais gravosa que a própria impunidade, pois muitas vezes a punição não é atingida, por vícios na origem, causadas por uma ilegalidade que comprometerá o resultado da aplicação da Justiça que se espera.

Não se pode admitir, portanto, que se admita que o Órgão responsável para promover a justiça continue descumprindo a Lei Maior de um Estado, alegando que uma interpretação extensiva do texto constitucional permite ao Ministério Público agir como se polícia fosse, quando na verdade, essa prática apenas contribui para o enfraquecimento do Estado, pois provoca o empoderamento, de uma única Instituição, em detrimento do enfraquecimento daqueles que tem a incumbência estabelecida pela Constituição Federal, de combater a criminalidade e de apurar, por meio da investigação policial, as práticas penais cabíveis de punição.

O Jurista Dr. Eugênio Raul Zaffaroni, chama atenção para o que deve ser corrigido pelo Estado para lograr êxito na implantação de uma política criminal mais eficiente, e que não seja abusiva, ou seja, não se afunde na ilegalidade, a principal mudança, segundo ele, é corrigir, na prática, o que os agentes incumbidos de garantir a ordem pública, combatendo a violência, vem fazendo, pois o que se percebe são Juízes agindo como Promotores, Promotores agindo como Delegados, e, Delegados agindo como Juízes, e esses desvios só causam mal à sociedade, e comprometem a harmonia do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

BAUDRILLARD, Jean. **Ensaio sobre os fenômenos extremos**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 8 ed., Campinas: Papirus, 2004.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**: resumo da subversão pós-moderna. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**. nº 2, Curitiba, 2004.

NICOLITT, André Luiz. **Ministério Público não pode investigar e Juiz André Nicollit (TJRJ) rejeita denúncia**. São Gonçalo. 2015. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/ministerio-publico-nao-pode-investigar-e-juiz-andre-nicollit-tjrj-rejeita-denuncia/>. Acessado em 28 de julho de 2015.

POST, Richard e SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires, Siglo Veinteuno Editores, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SILVERIO JR., João Porto. **O devido lugar do Ministério Público no devido processo penal fraternal** (Parte 1). 2015. Disponível em <http://emporiiodireito.com.br/o-devido-lugar-do-ministerio-publico-no-processo-penal-fraterno-parte-i-por-joao-porto-silverio-junior/>. Acessado em 01 de agosto de 2015.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **Ministério Público - aspectos históricos**. **Revista eletrônica do PRPE**. fevereiro. 2004. <http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/content/download/1669/14828/file/Souza%20-%20Ministerio%20Publico%20aspectos%20historicos.pdf>. Acessado em 29 de julho de 2015.

VIEIRA, Luís Guilherme. **Ministério Público investigador**: uma inconstitucionalidade. Curitiba. 2013. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/67520/>. Acessado em 02 de agosto de 2015.