

**FACULDADES SÃO JOSÉ
CURSO DE DIREITO**

GUSTAVO DE SOUZA NUNES, PAULO ROBERTO CHAGAS
MONTALVÃO, MARCELO PENNAFIRME MALFACINI
PROFESSOR SOLANO ANTONIUS DE SOUZA SANTOS

A CRIAÇÃO DO GAECO

Rio de Janeiro

2019

A CRIAÇÃO DO GAECO

THE CREATION OF THE GAECO

GUSTAVO, MARCELO, PAULO

Estudantes

SOLANO SANTOS

Professor

RESUMO

Com a sua criação, muitas questões foram levantadas, sobre uma possível inconstitucionalidade no ato de sua criação e em suas respectivas atuações.

Outra inconstitucionalidade apontada é a possibilidade do Gaeco instaurar procedimentos administrativos de investigação, denominado procedimento investigatório criminal, sob seu bel prazer.

Palavras-chave: inconstitucionalidade, Gaeco e atuação.

ABSTRACT

With its creation, many questions were raised, about a possible unconstitutionality in the act of its creation and in its respective performances.

Another unconstitutionality pointed out is the possibility of the Gaeco instituting administrative investigation procedures, called criminal investigative procedure, at its pleasure.

Key-words: unconstitutionality, Gaeco, performance.

INTRODUÇÃO:

O Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado, o GAECO, é um grupo de atuação especial criado pela Procuradoria Geral da Justiça em 1995, no estado de São Paulo, embora a investigação por parte de Promotores de Justiça

tenha se iniciado no estado do Paraná, em 1994, junto à antiga PIC (Promotoria de Investigação Criminal). Começou a atuar com mais eficácia somente em 1998, quando já estava todo estruturado. O grupo tem uma característica de maior operacionalidade para a execução de atos investigatórios. O GAECO atua de forma singular ou em parceria com o promotor de justiça natural de cada caso, se esse assim o desejar, realizando investigações tanto no corpo de inquérito policiais em andamento ou que são requisitados e acompanhados pelo grupo, bem como através de Procedimentos Administrativos Criminais, instaurados no âmbito do próprio grupo. A atividade é inovadora e difere da atuação criminal comum de cada promotor basicamente pela dedicação a determinados casos em que haja a possibilidade da existência de uma organização criminosa e pela ação direta em certos casos, com a realização de atos de investigação.

Com a sua criação, muitas questões foram levantadas, sobre uma possível inconstitucionalidade no ato de sua criação e em suas respectivas atuações. Seria inconstitucional porque foi criado por resolução interna e não por lei complementar. Outra inconstitucionalidade apontada é a possibilidade do Gaeco instaurar procedimentos administrativos de investigação, denominado procedimento investigatório criminal, sob seu bel prazer. Não cabe a representantes do Ministério Público realizar diretamente diligências investigatórias ou instaurar e presidir procedimentos administrativos criminais, essas seriam atribuições policiais. Isso feriria também o princípio do devido processo legal, pois dá poderes a uma autoridade incompetente para realizar os procedimentos do inquérito criminal. Também é inconstitucional a parte que prevê a solicitação, pelo Procurador-Geral de Justiça, de delegados, agentes e escrivães das Polícias Civil e Militar para atuar no Gaeco, e também de serviços temporários de servidores civis ou policiais militares para a realização das atividades de combate às organizações criminosas. O problema, é que isso seria uma prerrogativa do chefe do Executivo, o governador do estado. Além disso, essa possibilidade de solicitação de serviços e meios materiais não estaria prevista na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Fica evidente a afronta a toda sistemática jurídica brasileira que o próprio constituinte originário, preocupado com mandos e desmandos em uma instituição fundamental a um estado democrático de direito, estabeleceu uma forma de quórum qualificado para organização, criação de órgãos e modificações, prevendo a lei complementar como tal meio, sendo incabível a adoção de resolução de tal.

O ilustre jurista Emerson Garcia, deixa claro ao analisar a lei 8.625/1993, lei orgânica nacional do ministério público, a necessidade de que a criação e extinção de cargos seja feita através de processo legislativo, vejamos:

“O artigo 10, III da lei 8625/1993 (“compete ao procurador geral de justiça (...)III - submeter ao colégio de procuradores de justiça as propostas de criação e extinção de cargos e seus serviços auxiliares e de orçamento anual. ”) deve ser interpretado em harmonia com o art. 12, III, do mesmo diploma legal, dispõe esse último que aprovar a proposta orçamentária anual do Ministério Público, elaborada pela Procuradoria-Geral de Justiça, bem como os projetos de criação de cargos e serviços auxiliares;”

A esse respeito, trazemos à baila o ensinamento do ilustre desembargador de justiça do TJRJ, Paulo Rangel, doutrinador de processo penal e oriundo dos quadros do MPRJ, que doutrina em seu livro de direito processo penal, RJ, Lúmen Jures editora, 16º edição – 2009, o seguinte:

“ É comum no âmbito da procuradoria de justiça do Rio de Janeiro , haver modificação ou até mesmo criação de órgãos de execução do MP por resolução do PGJ e não por meio de lei Complementar , como determina a C.F , pois em seu artigo 128,§ 5º , da iniciativa de proposta de LC nos estados ao procurados geral de justiça , porém tal proposta deve ser submetida ao colégio de procuradores , que deverá aprova-la por maioria absoluta de todos seus membros , ou seja, metade mais um de todos os procuradores que integram o referido colégio. Entretanto, pensamos que há um erro quanto à interpretação que se deve dar à regra a regra constitucional do dispositivo mencionado. As atribuições devem ser fixadas, modificadas ou transformadas somente por lei complementar e não por resolução, como normalmente faz. Trata-se de iniciativa reservada da lei, que, uma vez aprovada a proposta pelo colegiado de procuradores deverá

ser enviada ao poder legislativo estadual, para submeter-se ao processo legislativo próprio de leis complementares.”

Fica evidente a afronta a toda sistemática jurídica brasileira que o próprio constituinte originário, preocupado com mandos e desmandos em uma instituição fundamental a um estado democrático de direito, estabeleceu uma forma de quórum qualificado para organização, criação de órgãos e modificações, prevendo a lei complementar como tal meio, sendo incabível a adoção de resolução de tal.

CORPO DO TRABALHO/DESENVOLVIMENTO

Uma vez que a investigação de infrações penais é essencial ao correto exercício do jus punendi (direito de punir) que pertence ao Estado, o inquérito policial, nas situações em que não se tem a justa causa, será um instrumento indispensável para se chegar a autoria e materialidade do delito. Afora a regra, outras formas de investigação podem ocorrer, fornecendo material para o ministério público agir (ex. Cpi - comissão parlamentar de inquérito), porém, não se deve esperar que a instituição, Ministério Público (MP) por sua própria conta, constitua organismos independentes de investigação criminal, não controlados pela autoridade judiciária e alheio aos quadros policiais, pois não é a estrutura idealizada pelo código de processo penal. À persecução penal deve se desenvolver sempre com a observância dos princípios e valores constitucionais, seja na fase pré-processual (inquérito policial), seja na fase processual. Dentro dessa visão constitucional da “persecutio criminis”, o investigado não pode mais ser visto pelo Estado como um mero objeto de direito, mas sim como um sujeito de direitos.

Sob tais premissas, Fauzi Hassan Choukr conclui que

“A dignidade da pessoa humana como fundamento maior do sistema implica a formação de um processo banhado pela alteridade, ou seja, pelo respeito à presença de outro na relação jurídica, advindo daí a conclusão de afastar-se deste contexto o chamado modelo inquisitivo de processo, abrindo-se espaço para edificação do denominado sistema acusatório. Fundamentalmente aí reside o núcleo de expressão que afirma que o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou

fora dela desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado.
”

Por tudo isso, é importante um modelo de investigação que seja de atribuição de um órgão oficial do Estado, que tenha previsão legal e constitucional, que seja imparcial e desvinculado do processo posterior, pois só assim estarão assegurados os direitos e garantias do investigado. Nesse diapasão, é inviável para dizer o mínimo do ponto de vista de um modelo processual penal garantista, a investigação efetivada por particulares ou por instituições estatais que não tenham atribuições para tanto, como o Ministério Público, por exemplo.

Certo de que a fase processual acarreta inúmeras consequências ao acusado, o inquérito policial se destaca como uma garantia, impedindo que acusações infundadas desemboquem em um processo. É por meio do procedimento investigativo de Polícia Judiciária que o Estado consegue reunir elementos que justifiquem a propositura da ação penal.

Demasiado se discute na doutrina sobre qual seria o órgão abalizado para cumprir as investigações preliminares. Hodiernamente, tem se defendido abundantemente a possibilidade de o Ministério Público efetuar essas investigações. Contudo, este debate jamais pode desenvolver-se, uma vez que a Constituição é clara no significado de que cabe à Polícia Judiciária a efetivação desse serviço.

De acordo com as lições de Fauzi Hassan Choukr,

“O modelo de investigação “inquérito policial” implica não apenas o domínio fático da investigação pela Polícia como, também, a autonomia plena dos atos investigativos, sem que, necessariamente, o Ministério Público a priori se manifeste sobre esses atos. Da mesma maneira, para os atos que não impliquem necessária invasão em direitos fundamentais, também não se cogita de qualquer interferência judicial.”

Devemos recordar que a segurança pública é obrigação do Estado, direito e responsabilidade de todos, nos termos do artigo 144 da Constituição da República. É por conduto das instituições policiais que o Estado efetiva e promove a segurança dos cidadãos. Ou seja, é por intermédio dessas instituições que o Estado manifesta o seu poder de polícia. Da compreensão do artigo 144, percebemos nitidamente a presença de dois tipos de polícia: polícia administrativa e polícia judiciária. A primeira tem incumbência preventiva, atuando anteriormente da ocorrência do crime (polícia militar). Já a segunda tem incumbência repressivo-investigativa, atuando em seguida a prática de uma infração penal (polícia civil e federal).

Nesta seara, é preciosa a aula de José Frederico Marques:

"O Estado quando pratica atos de investigação, após a prática de um fato delituoso, está exercendo o seu poder de polícia. A investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido"

Sem arresto, a Constituição igualmente previu a eventualidade de outros órgãos realizarem atos de investigação, tal conforme ocorre com o Ministério Público nos inquéritos civis ou simultaneamente as Comissões Parlamentares de Inquérito. Contudo, percebe-se no caso uma nítida desarmonia com relação ao tipo e a propósito de tais atos.

Nesse melindrado, podemos assegurar que cabe exclusivamente à Polícia Judiciária a apuração de fatos criminosos, objetivando a colheita de provas e elementos informativos que irão expor a conveniência de um processo posterior, meio instrumental do direito de punir do Estado.

Assim, esta fase principiante da persecução penal deve ser realizada por um ente totalmente imparcial, que nunca possui ligação direta junto o processo, separando-se absolutamente as funções do Estado-investigador, Estado-acusador, Estado-defensor e Estado-julgador, preservando-se, assim, o sistema acusatório.

Ora, do ponto de vista prático nos parece certamente lógico que a função de investigar infrações penais seja exclusiva das Polícias Judiciárias. Esta afirmação é subsidiada por diversos fatores, quais sejam: trata-se um órgão especializado na averiguação criminal; a polícia, por sua origem, está extremamente mais próxima da atividade criminosa; por fim, a polícia é um órgão estatal que se faz presente em todas as cidades do território brasileiro, o que possibilita uma grande interação junto os problemas de uma comunidade.

Ratificando essas conclusões, Eduardo Cabette salienta que

" é possível encontrar sistemas que não conhecem a figura do Ministério Público ou de um Acusador Público (v. G. Inglaterra), mas não se encontra a inexistência de uma polícia investigativa, fato este a demonstrar a real importância dessa atividade para a consecução da Justiça Criminal, não sendo exagero fazer coro àqueles que apregoam ser a polícia judiciária uma das funções essenciais à justiça. "

Sem arresto do narrado até aqui, devemos evocar que a Constituição da República foi clara ao determinar as funções da polícia, quer ela civil ou federal, para

investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário (daí o nome polícia judiciária) na alçada de investigar infrações penais e sua autoria (art. 144 da CF). Dessa forma, jamais é exequível que qualquer legislação infraconstitucional disponha de maneira diversa, porquanto, caso contrário, configurar-se-á uma transgressão ao princípio da supremacia da Constituição.

A possibilidade de investigação autônoma pelo Órgão gera debates jurídicos há tempo travados na doutrina e nos Tribunais. As realidades fáticas heterogêneas presentes no Brasil fizeram com que o Ministério Público se deparasse com a “necessidade” de investigar por conta própria. Entre os diversos motivos para tanto, destacam-se a falta de estrutura das polícias ou desvios de conduta dos agentes policiais. O cenário, então, levou o Ministério Público a apresentar justificativa para essa atuação anômala.

Nesse panorama, surgiram argumentos para legitimar a investigação independente. Os fundamentos se resumem à ausência de exclusividade investigatória das polícias judiciárias e à interpretação do artigo 129 da Carta da República sob o enfoque da teoria dos poderes implícitos. Alega-se que a própria Constituição confere poderes investigatórios a outros órgãos. Citam-se como exemplos as Comissões Parlamentares de Inquérito, nos termos do disposto no artigo 58, § 3º, do Diploma Maior. Apontam-se outras normas legais que autorizam investigação por órgãos diversos, como os procedimentos administrativos do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Lei nº 9.613/98 –, da Receita Federal e outros. Sustenta-se não ser razoável entender que o titular da ação penal e destinatário das investigações criminais não pudesse buscar, por meios próprios, os elementos para convencimento, reforçando tal ideia no axioma jurídico “quem pode o mais pode o menos”.

A análise constitucional das premissas utilizadas revela não subsistir a assertiva. Inicialmente, vale consignar que a Carta, ao estabelecer competências, visa assegurar o equilíbrio entre os órgãos públicos, o qual também funciona como garantia para o cidadão. A concentração de poder é prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, razão por que as interpretações ampliadoras de poderes devem ser feitas com reservas, sob pena de ruptura da harmonia preconizada pelo constituinte.

As normas que tratam das funções e atribuições do Ministério Público – artigos 127 a 129 da Carta Federal – são bem claras ao descreverem-nas. Em

nenhuma delas, pode-se concluir estar autorizada a investigação criminal, ao contrário. Ao estabelecer, no inciso VII do artigo 129, o exercício do controle externo da atividade policial e, no inciso seguinte, atribuir o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, o constituinte evidenciou a opção de não permitir que o Ministério Público proceda à investigação criminal, e sim zele pela lisura das atividades policiais e cuide para que a apuração possa ser concluída de forma a viabilizar a futura ação penal. A vontade constitucional fica evidenciada quando se comparam as normas relativas ao inquérito civil e as alusivas à investigação criminal. No tocante ao primeiro, a expressão “promover o inquérito civil”, constante no artigo 129, inciso III, da Carta, não deixa margem ao questionamento sobre os poderes que o Ministério Público possui. A mesma clareza foi consignada quanto à investigação criminal, nos incisos VII e VIII do mesmo artigo, mas em sentido diametralmente oposto. Para melhor compreensão, transcrevo os dispositivos mencionados:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

[...]

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

[...]

Essa distinção entre os inquéritos se deu pelo cuidado em conferir maiores garantias a bens jurídicos caros à sociedade. A investigação criminal é muito mais tormentosa para o investigado do que a civil, pois coloca em risco a liberdade. Assim, na Constituição, acabou-se por dividir atribuições entre dois órgãos, objetivando que o destinatário das atividades preparatórias pudesse, com isenção, avaliar o trabalho desenvolvido. A postergação do controle para fase judicial, caso o Ministério Público investigasse, implicaria descompasso com os ditames constitucionais que buscaram garantir um controle obrigatório antes da fase judicial, isso para não prolongar sofrimento passível de existir como consequência de uma apuração criminal infundada. Legitimar a investigação por parte do titular da ação

penal é inverter a ordem natural das coisas: quem surge como responsável pelo controle não pode exercer a atividade controlada.

O desenho constitucional relativo ao Ministério Público, na seara penal, pauta-se na atividade de controle externo da polícia, ou seja, deve ser tutor das garantias constitucionais no estágio inquisitivo. Na fase processual, tem a função de titular da ação penal. Todavia, nem mesmo quando funciona como parte, o constituinte retira-lhe a qualidade de fiscal da lei. Atribuir novos poderes nesse campo significa desvirtuamento sem amparo constitucional.

Observem o preceito da Carta que estabelece incumbir às polícias judiciárias, de forma exclusiva, realizar investigações criminais:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - Polícia federal;

II - Polícia rodoviária federal;

III - Polícia ferroviária federal;

IV - Polícias civis;

V - Polícias militares e corpos de bombeiros militares.

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

(...)

IV - Exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto os militares. “(...)

Conforme se percebe, o inciso IV do § 1º transcrito previu a exclusividade da Polícia Federal para exercer as funções de polícia judiciária da União. Há quem entenda que isso sirva para retirar tal atribuição das polícias rodoviária federal e

ferroviária federal. Descabe hermenêutica nesse sentido, porquanto as atribuições das polícias rodoviária e ferroviária, nitidamente polícias ostensivas, estão discriminadas nos parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo.

A Constituição Federal e as normas de um modo geral devem ser interpretadas com base nas regras de hermenêutica. Uma das mais mezinhas é a que preceitua não haver palavras desnecessárias nem inúteis nos textos normativos. Como, então, desconsiderar a exclusividade prevista no texto constitucional para a atividade de investigação criminal pela polícia judiciária? A análise dos artigos acima mencionados evidencia a opção constitucional em não conferir ao Ministério Público o poder de apuração penal. Essa escolha, não me canso de afirmar, decorreu da necessidade de equilibrar os órgãos voltados à persecução penal, evitando a concentração de poder nas mãos de apenas um, sempre tendo em vista restringir ao máximo afrontas às liberdades individuais que possam surgir em decorrência de uma investigação criminal. A evocação do axioma jurídico “quem pode o mais pode o menos” estaria correta se estivéssemos diante de interpretação de normas de direito privado. Nessa seara, realmente, quem possui autorização para fazer o mais pode fazer o menos, pois, para os particulares, vale o princípio da legalidade ampla, ou seja, tudo que não estiver proibido está permitido. No direito público, aplica-se o princípio da legalidade estrita. Logo, os órgãos só podem proceder em conformidade com o que está expressamente autorizado. A ausência de previsão conduz à vedação.

Descabe a aplicação da teoria dos poderes implícitos, pois a medida pressupõe vácuo normativo. Somente se a Carta não houvesse disciplinado acerca da investigação criminal, se mostraria possível a observância dessa teoria com a finalidade de suprir a omissão do constituinte. Reafirmo: os preceitos constitucionais envolvidos não só atribuíram a atividade a outro órgão – polícias judiciárias (federal e civil) –, como a versaram de forma exclusiva.

As exceções quanto à investigação criminal, para estarem dentro dos parâmetros constitucionais, necessitam de previsões expressas e balizas bem definidas de como serão realizadas as atividades, a publicidade, o controle, etc. O Ministério Público não possui amparo legal para atuar nesse campo. A título de regulamentação do artigo 8º da Lei Complementar nº 78/93 e do artigo 26 da Lei nº 8.625/93, foram estabelecidos, na Resolução nº 13, do Conselho Nacional do Ministério Público, poderes investigatórios em matéria criminal em favor do

Ministério Público, consubstanciando flagrante violação ao artigo 22, inciso I, da Carta Federal.

O artigo 4º do Código de Processo Penal definiu, como atribuição da polícia judiciária, apurar infrações penais e a autoria correlata. A dispensabilidade do inquérito policial não serve de fundamento para autorizar a investigação por parte do Ministério Público, porquanto o inquérito é prescindível quando já existem outros elementos de convencimento para atuação do titular da ação penal (artigo 12 do Código de Processo Penal).

O fato de estar impossibilitado de investigar de forma autônoma não conduz ao desconhecimento do que for apurado. O Ministério Público, como destinatário das investigações, deve acompanhar o desenrolar dos inquéritos policiais, requisitando diligências, acessando os boletins de ocorrências e exercendo o controle externo. O que se mostra inconcebível é um membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar-se e investigar. Sendo o titular da ação penal, terá a tendência de utilizar apenas as provas que lhe servem, desprezando as demais e, por óbvio, prejudicando o contraditório e inobservando o princípio da paridade de armas. A função constitucional de titular da ação penal e fiscal da lei não se compatibiliza com a figura do promotor inquisidor. O direito alienígena também não auxilia na solução da questão, pois os órgãos e atividades envolvidas possuem regras constitucionais próprias, bem estabelecidas, que não deixam margens a interpretações evolutivas.

A má estruturação de algumas polícias e os desvios de condutas que possam existir nos quadros policiais não legitimam, no contexto jurídico, as investigações do Ministério Público. O Judiciário vem, ao longo do tempo, evoluindo, para proporcionar tutela jurídica adequada. No entanto, as interpretações implementadas apenas são cabíveis quando há espaço normativo para tanto, sob pena de virem à balha decisões judiciais como opções puramente subjetivas dos julgadores, sem respaldo no arcabouço jurídico pátrio, contrariando regra constitucional expressa. Há de haver a autocontenção. Nunca é demais lembrar que a atuação judicante é vinculada ao Direito posto e que a Lei das leis submete a todos indistintamente.

A resolução criadora do GAECO (Grupo de atuação especial de repressão ao crime organizado), GPGJ número 1.570, criou órgão de execução e, conseqüentemente, atribuições por meio de resolução, contrariando a norma maior em seu artigo 128, parágrafo 5º, vejamos:

Leis complementares da União e dos Estados cuja iniciativa é facultada aos respectivos procuradores gerais estabeleceram a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observados relativamente a seus membros:

I. As seguintes garantias

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do MP pelo voto da maioria absoluta de seus membros assegurada a ampla defesa.

(...)

A esse respeito, trazemos à baila o ensinamento do ilustre Desembargador de justiça do TJRJ, Paulo Rangel, doutrinador de processo penal e oriundo dos quadros do MPRJ, que doutrina em seu livro *Direito processual Penal*, RJ, lúmen. Jures, 16 edição -2009, o seguinte:

“ É comum no âmbito da Procuradoria de Justiça do Rio de Janeiro , haver modificação ou até mesmo criação de órgãos de execução do MP por resolução do PGJ e não por meio de lei complementar , como determina a CF, pois em seu artigo 128, parágrafo 5º, dá iniciativa de proposta de lei complementar nos estados ao procurador geral de justiça, porém tal proposta deve ser submetida ao colégio de procuradores , que deverá aprová-la por maioria absoluta de todos os seus membros , ou seja , metade + 1 de todos os procuradores que integram o referido colégio. Entretanto, pensamos que há um erro quanto a interpretação que se deva dar a regra constitucional do dispositivo mencionado. As atribuições devem ser fixadas, modificadas ou transformadas somente por lei complementar e não por resolução, como normalmente se faz. Trata-se de iniciativa reservada de lei, que, uma vez aprovada a proposta pelo colegiado de procuradores, deverá ser enviada ao poder legislativo estadual, para submeter-se ao processo legislativo próprio de leis complementares. ”

Fica tão evidente a afronta a toda a sistemática jurídica brasileira que o próprio constituinte originário, preocupado com mandos e desmandos em uma instituição fundamental a um Estado Democrático de Direito, estabeleceu uma forma com quórum qualificado para organização, criação de órgãos e modificações, prevendo a lei complementar como tal meio, sendo incabível a adoção de resolução para tal.

O ilustre jurista Emerson Garcia, 5, deixa claro ao analisar a lei número 8625/1993, Lei Orgânica nacional do Ministério Público, a necessidade de que a criação e a extinção de cargos sejam feitas através do processo legislativo, vejamos:

“ O artigo 10, III, da lei 8625/1993 (“ compete ao procurador Geral de justiça: (...) III- submeter ao colégio de procuradores de justiça as propostas de criação e extinção de cargos e seus serviços auxiliares e de orçamento anual. ”)

Deve ser interpretado em harmonia com o art.12, III, do mesmo diploma legal, dispondo esse último que compete ao colégio de procuradores “ aprovar a proposta orçamentária anual do Ministério Público, elaborada pela Procuradoria –Geral de Justiça, bem como os projetos de criação de cargos e serviços auxiliares”. O art. 12, II, por sua vez, dispõem que o colégio de procuradores poderá propor ao Procurador-geral a criação de cargos e de serviços auxiliares, sendo que o chefe da instituição acolhendo a preposição, providenciará a elaboração do projeto e o encaminhará a apreciação do mesmo órgão que o provocou.

A luz desses preceitos, é possível afirmar que, anteriormente ao encaminhamento das propostas referidas no artigo 10, III ao poder legislativo, é imprescindível o pronunciamento do colégio de procuradores, o qual se exige como exato pressuposto de validade do ato, que é essencialmente composto.

Não pode ser outro o entendimento senão o de que a resolução que cria o GAECO é INCONSTITUCIONAL. Não obstante o enfrentamento da resolução 1.570 do Ministério Público do Rio de Janeiro a luz da carta política acima feita, oportuno se faz ainda consignar que o parquet indevidamente pretendeu regulamentar matéria de ordem processual ao atribuir para si procedimento de investigação criminal, “concedendo” ao Promotor de Justiça a competência para a instauração de inquérito criminal sob a denominação de Procedimento Investigatório Criminal;

Todavia, a competência concorrente para legislar matéria de procedimento processual é dos Estados, através dos poderes Legislativos, devendo haver igual obediência ao devido processo legislativo e a sanção do Governador do Estado, no caso, consubstanciada nos termos do art.74 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e art. 24, inciso XI, da Constituição Federal. Vejamos o que Dispõem tais artigos:

“ Constituição Federal

Art.24. Compete a união, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XI- procedimentos em matéria processual;”

“ Constituição do Estado do Rio de Janeiro

“Art. 74. Compete ao Estado, concorrentemente com a União, legislar sobre:

XI- procedimentos em matéria processual;

Parágrafo 1 – O estado, no exercício de sua competência suplementar, observará as normas gerais estabelecidas pela União.

Parágrafo 2- Inexistindo lei federal sobre normas gerais, o Estado exercerá a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades.”

Sob o tema, a jurisprudência do STF já consolidou o entendimento de que (sic) “ os procedimentos investigativos pré - processuais não previstos no ordenamento positivo são ilegais, a exemplo das VPIs, sindicâncias e acautelamentos, sendo possível recorrer ao judiciário para fazer cessar a ilicitude, mantida a incolumidade do sistema acusatório” (cf.ADI 4414, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. em 31.05.2012, DJe-114 de 14.06.2013)

Ora, a resolução em comento, ao dispor função ao promotor de justiça diversa das atribuições estatuídas pela constituição Estadual, age em flagrante desconformidade com a Constituição federal e a do Estado do Rio de Janeiro, pelo que evidencia flagrante inconstitucionalidade.

Em outros contornos, a guerreada resolução de criação do Gaeco, reveste-se de vício insanável, haja vista que, ao ferir de morte o devido processo legislativo, almejou criar órgão de segurança pública com estrutura organizacional própria através de diploma infraconstitucional e infra legal, qual seja, por norma menor, desautorizada, sem a esperada observância de lei prévia, situação está vedada pela Constituição Federal de 1988. Vejamos os termos do texto constitucional:

“ Constituição Federal

Art.25. Os estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta constituição.

Parágrafo 1- São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta constituição.

(...)

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública

e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

7 – A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Cumpre trazer à baila que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já julgou casos semelhantes e reconheceu a inconstitucionalidade por vício formal da criação, pelos Estados, de órgão sem o devido respeito ao processo legislativo, inclusive de órgão de segurança pública diversos daqueles previstos pelo art.144 da CF/88. Vejamos:

“ Ação direta de inconstitucionalidade. (...)Criação do Instituto-Geral de Perícias e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. (...) Observância obrigatória, pelos Estados – Membros, do disposto no art.144 da Constituição da República. Precedentes. 6. Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. Impossibilidade da criação, pelos Estados – membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição. Precedentes. 8. Ao Instituto Geral de Perícias, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes a segurança pública. 9. Violação do artigo 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. 10. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente. ” (STF – ADI 2.827, rel. Min. Gilmar mendes, j. 16.9.10, Plenário, DJE de 06.04.11)

Ao assacar poderes investigatórios ao Ministério Público e às Comissões Parlamentares de Inquérito, a Constituição o fez com atribuições diferentes, uma vez que tais procedimentos jamais objetivam apurar infrações penais.

Explicamos: no fato das CPIs, a Constituição lhes conferiu poderes investigatórios similares ao da Autoridade Judicial (determinar quebra de sigilo bancário, fiscal etc.). Contudo, essa investigação não objetiva exatamente a apuração de infrações penais, mas sim a ratificação de quebra do decoro parlamentar e a constatação de atos de improbidade administrativa, o que acarreta a aplicação de sanções disciplinares-administrativas. Evidência disso é o fato de que se, quiçá, a CPI comprovar a ocorrência de algum crime, os relatórios deverão ser enviados à Polícia Federal para que se instaure o condigno Inquérito Policial.

Da mesma forma, o inquérito civil originado pelo Ministério Público tem por alvo a elaboração do termo de ajustamento de conduta, que possui nítida essência

civil e não criminal, de tal maneira que este procedimento não permite que se tomem medidas de caráter investigativo-penal, conforme prisões cautelares, por exemplo.

Em compêndio, podemos assegurar que, acaso se versar de infrações penais, cabe exclusivamente às Polícias Judiciárias, dirigidas por Delegados de Polícia de carreira, a efetivação das investigações preliminares, haja vista que este é um órgão especializado nessa incumbência, que possui convívio direto junto o evento criminoso e que é completamente imparcial, porque está desvinculado do processo ulterior.

Nesse prisma, é a preleção do professor Guilherme de Souza Nucci:

"O sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa. Note-se que, quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito. Este, ao conduzir a instrução criminal, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem-intencionado que esteja, produza de per si investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisaria ser, significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração pena"

Conforme bem salientou o autor, por mais bem-intencionado que esteja, é impossível negar a parcialidade do Ministério Público no instante da investigação criminal, uma vez que este órgão está diretamente vinculado ao processo ulterior, o que fere a sistema acusatório e o princípio da igualdade (paridade de armas). Por que poderia o Ministério Público agir em proveito do investigado, se ele já tem em mente uma futura guerra judicial a ser travada?

É indispensável que a doutrina processual penal desmistifique o mito de que o Ministério Público é um sujeito imparcial, que só objetiva fomentar a justiça. Aliás, posto que tratamos de processo penal, o ideal seria que os representantes do Ministério Público fossem chamados de “promotores de acusação” e jamais “promotores de justiça”. O acontecimento de um promotor pleitear, por exemplo, a absolvição do réu em alegações finais, não significa que ele seja um sujeito imparcial. Lembramos que, como agente público, o promotor deve orientar sua atuação pelo princípio da legalidade, o que impossibilita a realização da acusação sem que haja, ao menos, a prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Ora, seria mesmo contrassenso que um órgão pertencente ao Estado, que

deve agir de concórdia junto a lei (expressão da vontade universal), procedesse ao seu arrepio, pleiteando a condenação de um suspeito sem égide probatório para tanto. Jamais podemos, destarte, recair no erro de acreditar que uma mesma pessoa possa ser capaz de cumprir duas funções tão adversas como acusar e defender, não se podendo, outrossim, equivococar a observância da legalidade com uma suposta equanimidade.

Aury Lopes Jr., ao reportar Carnelutti, nos ensina que há um vínculo entre o sistema inquisitivo e o Ministério Público, precisamente condigno a conveniência de apartar a ação estatal em duas partes. Nesse âmbito, o Ministério Público seria uma parte fabricada, que surge da necessidade do sistema acusatório e garante a imparcialidade do juiz.

Adentro dessa nova perspectiva, é impraticável não reconhecer que o Ministério Público é parte no processo penal, parte está responsável pelo exercício de uma pretensão acusatória. Apenas com essa separação de funções o sistema processual fica completo, havendo, portanto, uma parte acusadora, outra responsável pela defesa, e um juiz imparcial na ponta da pirâmide.

O sistema penal pátrio funciona de modo interligado, e as funções exercidas pelos órgãos que compõem a persecução penal são todas de fundamental importância para o seu produto final. Mais necessário do que brigar para ver qual instituição é a mais importante e a que possui mais atribuições, é contemplar todo aparato do Estado funcionando de maneira integrada e eficiente, garantindo-se, assim, uma melhor prestação do serviço público em prol da sociedade, que preza e espera por uma persecução penal justa, que observe os direitos e garantias do indivíduo a ela subordinado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a sua criação o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado, o GAECO, muitas questões foram levantadas, sobre uma provável inconstitucionalidade no ato de sua formação e em suas respectivas atuações. Seria

inconstitucional porque foi produzido por resolução interna e não por lei complementar. Outra inconstitucionalidade apontada é a possibilidade do Gaeco determinar procedimentos administrativos de investigação, nomeado procedimento investigatório criminal, sob seu bel prazer. Não cabe a representantes do Ministério Público concretizar diretamente diligências investigatórias ou estabelecer e chefiar procedimentos administrativos criminais, essas seriam atribuições policiais.

Resta claro a ofensa a toda sistemática jurídica brasileira que o próprio constituinte originário, receoso com mandos e desmandos em uma instituição imprescindível a um estado democrático de direito, estabeleceu uma forma de quórum qualificado para organização, criação de órgãos e modificações, prevendo a lei complementar como tal meio, sendo inadmissível a adoção de resolução de tal.

Uma vez que a apuração de infrações penais é fundamental ao perfeito exercício do jus punendi (direito de punir) que pertence ao Estado, o inquérito policial, nas situações em que não se tem a justa causa, será um instrumento fundamental para se alcançar a autoria e materialidade do delito. Adentro dessa visão constitucional da “ *persecutio criminis* ”, o investigado jamais pode mais ser assistido pelo Estado como um mero objeto de direito, mas ora como um sujeito de direitos.

Por tudo isso, é essencial um modelo de investigação que seja de encargo de um órgão oficial do Estado, que tenha previsão legal e constitucional, que seja imparcial e desvinculado do processo ulterior, porquanto só assim estarão assegurados os direitos e garantias do investigado. Nesse diapasão, é impraticável para dizer o mínimo do ponto de vista de um protótipo processual penal garantista, a investigação efetivada por particulares ou por instituições estatais que não tenham atribuições para tanto, como o Ministério Público, por exemplo. Certo de que a fase processual acarreta inúmeras consequências ao acusado, o inquérito policial se destaca conforme uma garantia, impedindo que acusações infundadas desemboquem em um processo. É por meio do procedimento investigativo de Polícia Judiciária que o Estado consegue reunir elementos que justifiquem a propositura da ação penal.

REFERÊNCIAS

Wikipédia, **Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado de São Paulo**. 2019. disponível em> https://pt.wikipedia.org/wiki/Grupo_de_Atua%C3%A7%C3%A3o_Especial_de_Repress%C3%A3o_ao_Crime_Organizado_de_S%C3%A3o_Paulo > Acesso em: 02Abril.2019

Galvão, I, **PSL aciona STF contra lei que criou Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado em Mato Grosso**. 2003. disponível em> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=60015>> Acesso em: 20Abril.2019

Ministério Público, **GAECO**. disponível em><http://www.mprj.mp.br/conheca-o-mprj/areas-de-atuacao/grupos-de-atuacao/gaeco>> Acesso em 03Maio.2019

RANGEL,P. Direito Processual Penal. **16.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris,2009.**

NUCCI,G. Código de Processo Penal Comentado. **12.ed.Rio de janeiro: Revista dos Tribunais,2012.**