

CONTROLE DA POLÍCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO VERSUS DOMÍNIO POLICIAL DA INVESTIGAÇÃO NA EUROPA, ESPECIALMENTE NA ALEMANHA*

KAI AMBOS **

SUMÁRIO: 1. Observação preliminar. 2. A Situação Legal. 2.1. Fundamentos. 2.2. Imprecisões normativas. 3. A realidade do processo. 4. Criminalidade organizada e a luta preventiva contra a delinquência. 4.1. Fundamentos. 4.2. Luta preventiva contra o delito e Estado de Direito. 5. Reformas? 6. Conclusão.

1. OBSERVAÇÃO PRELIMINAR

De acordo com o propósito do legislador reformista do século XIX, com a criação do Ministério Público Alemão (*Staatsanwaltschaft*) buscava-se alcançar fundamentalmente três objetivos¹: a derrogação do tradicional processo inquisitivo mediante a realização da forma separada das funções de acusação e

* Título original do artigo em alemão: *Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei versus Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens*. A tradução primeiramente foi feita do alemão para o espanhol por Teresa Manso Porto, colaboradora científica do Instituto Max Planck de Friburgo, com revisão e atualização do autor. A versão para o português foi feita, originalmente, em uma primeira versão, e para outro fim, por Fauzi Hassan Choukr, mestre e doutor em Processo pela Universidade de São Paulo, mas, em uma segunda versão, especialmente para esta publicação na *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, o artigo foi adaptado, com trechos que sofreram nova versão, para uma melhor compreensão no português e, ainda, novamente revista, especialmente as palavras e notas que permaneceram no texto em espanhol, por Marcellus Polastri Lima, mestre e doutor em Ciências Penais pela UFMG. Agradeço, ainda, ao meu colega Dr. Jörg Kinzig por importantes referências. O *Cand. iur.* Martin Viciano Gofferje merece também meu agradecimento por seu apoio na comparação do texto.

** O Professor Kai Ambos é catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional e Chefe do Departamento de Direito Penal Estrangeiro e Internacional do Instituto de Ciências Criminais da Georg-August Universidade de Göttingen-Alemanha, além de Juiz do Tribunal Estadual de Göttingen-Alemanha.

1. Roxin, *Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft*, DRiZ 1969, p. 385 e segs.

ajuizamento por parte do Ministério Público e dos Juizes; o surgimento de uma instituição objetivamente encarregada da investigação, que ao mesmo tempo haveria de assumir o papel de guardião da lei com respeito à atuação estatal e, finalmente – relacionado com este último –, o controle jurídico-estatal das investigações policiais. Deste modo, devido às suas amplas atribuições de direito material, o Ministério Público acabaria por se converter em “*dueño e señor de la investigación procesal*”² – com respeito, especialmente, à polícia – já que agora se torna um garantidor de um processo jurídico-estatal revestido de verdadeira força judicial³. A esse ponto de partida histórico voltaremos posteriormente. Sem embargo, merece ser mencionado que a luta do Ministério Público pelo controle da polícia deixou marcas em sua conquista histórica na Alemanha, sendo que é tão antiga como a própria instituição, o que deve ser realçado, haja vista a intenção de teceremos comentários a partir de uma perspectiva atual da contradição existente entre a situação legal (1) e a realidade do processo (2), para, ao final, nos ocuparmos da chamada e almejada busca da luta preventiva contra a delinquência criminal (3).

2. A SITUAÇÃO LEGAL

2.1. FUNDAMENTOS

Ao Ministério Público, na Alemanha, incumbe exercer a acusação pública (princípio de acusação, previsto no § 152, I, StPO)⁴. Está o órgão obrigado a intervir em qualquer feito penal com possibilidade de persecução, logicamente sempre e quando haja indícios suficientes, ou seja, quando exista o que se chama “de uma suspeita inicial” (princípio da legalidade aqui previsto em lei: § 152, II). É sempre o Ministério Público que decide acerca do resultado final da investigação processual na medida em que formula a acusação (§ 170, I) ou também pode decidir — por razões de oportunidade (§ 153 e segs.) ou por motivos fáticos ou jurídicos (§ 170, II) – sobre o arquivamento do procedimento investigatório. Segundo a concepção normativa do ordenamento processual alemão, o Ministério Público deve, tal como assinala o Supremo Tribunal Federal Alemão (*Bundesgerichtshof*), “*garantir o correto transcurso das investigações e exercer o permanente controle jurídico da atividade de investigação policial (...); está obrigado a*

2. *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional, Alemão, cf.: *Neue Juristische Wochenschrift* 1976, p. 231; *cfr.* na – inabarcável literatura existente como, entre outros, Hellmann, *Strafprozeßrecht*, 1998, § 3 núm. marg. 1. NT (é comum se dizer no Brasil *dominis litis* na ação penal, mas aqui se fala em “dono da investigação criminal”).

3. *Cfr.* Riess, *Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, Libro-homenaje a Schäfer* (1980), p. 155 (194).

4. Parágrafos sem designação específica correspondem ao Ordenamento procesal alemão (*Strafprozeßordnung*, StPO).

exercer a função de controle e direção, (...) a competência exclusiva da direção material"⁵. Segundo o § 161, I, primeiro inciso, em uma primeira alternativa, o Ministério Público pode, inclusive, assumir, de forma direta, as investigações.

Isso é somente uma possibilidade teórica, pois, na verdade o Ministério Público Alemão não dispõe de uma polícia própria ou mesmo "judiciária", tal como se dá no direito francês sob o rótulo de *police judiciaire*⁶, ou como existe também na Espanha e na América Latina também rotulada de como polícia judiciária.

O Ministério Público alemão seria, como expressou uma vez KERN⁷, uma "cabeça sem mãos" e, como tal, é dependente da polícia. Geralmente, o Ministério Público deixa que as investigações sejam realizadas por uma parte da polícia (§ 161, I, primeiro inciso, segunda alternativa); e essa, "como verdadeiro *braço prolongado do Ministério Público*"⁸, está obrigada a satisfazer a requisição ou a investigação pretendida pelo Ministério Público (§ 161 I segundo inciso), estando vinculada – não em âmbito repressivo – às ordens desse⁹. Trata-se de uma relação legal de obrigação, de um mandato *a iure*. A polícia é mandatária do Ministério Público¹⁰. Devem ser distinguidas duas categorias de funcionários policiais: de um lado, temos os chamados funcionários auxiliares do Ministério Público conforme disposto no § 152 da Lei de Organização Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*) – tal qual os *officiers de police judiciaire auxiliaires* franceses¹¹ – e, por outro lado, os funcionários policiais ordinários, que não possuem o *status* dos funcionários auxiliares do *parquet*. Dito *status* se determina através de regramentos executivos dos Estados Federais respectivos por grupos (§ 152, II, GVG), ou seja, nomeiam-se os grupos de funcionários que devem ser considerados funcionários auxiliares do Ministério Público no sentido da lei. Assim, por exemplo, na Baviera encontram-se entre os funcionários auxiliares

5. *Bundesgerichtshof Strafsachen* (Corte Suprema, assuntos penais = BGHSt), t. 34, pág. 215 (217); a mesma abordagem se dá em NJW 1987, p. 1.033. Cfr. Görgen, *Die organisatorische Stellung der Staatsanwaltschaft*, 1973, p. 53 e segs.; Rüping, *Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, ZStW 95 (1983), p. 894 e segs.; acerca do controle através do ministério público e do juiz de investigação cfr. Cédras, en: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, p. 327. NT StPO (Código de Processo Penal Alemão).

6. Aqui, no entanto, é necessário fazer algumas diferenciações. Assim, segundo Gómez Colomer, na Espanha não existe uma polícia judicial no sentido de um corpo policial pertencente exclusivamente ao Ministério Público. Cf.: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.), *supra*, p. 311 e sobre a América Latina, cfr. Ambos/Woischnik, ZStW 113 (2001), p. 334 e segs., com ulteriores resenhas bibliográficas.

7. Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965, p. 227; cfr. também Roxin, *supra*, p. 388.

8. *Bundesverwaltungsgericht* (Supremo Tribunal Administrativo = BVerwG), t. 7, p. 255 (263); cf. o mesmo em NJW 1975, p. 893.

9. Sobre as limitações da "faculdade" de dar instruções – que também deriva do § 152 I GVG – cfr. Habel, *Möglichkeiten einer Reform des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren*, 1982, p. 44 e segs.

10. Cfr. para maior detalhe acerca disto Görgen, em nota *supra*, pp. 89, 123 e 162; bem como Habel, em nota *supra*, p. 47; Kunzmann, *Die Kollision zwischen der Aufgabe der Gefahrenabwehr und anderen Aufgaben der Polizei*, 1990, p. 27 e segs., 157.

11. Cfr. Görgen, em nota *supra*, p. 54.

do Ministério Público funcionários da administração financeira e tributária, da polícia federal (polícia criminal e polícia unifor-mizada), da Administração de flora, caça e pesca, assim como das direções de minas do Governo¹². Disposições similares encontram-se nos regramentos dos outros Estados Federais da Alemanha¹³, cabendo acentuar que não são apenas convocados membros da polícia criminal, mas também, fundamentalmente, de serviços de categoria intermédia, setores da polícia comum¹⁴. Quando se trata de uma tarefa determinada pelo Ministério Público a funcionários auxiliares fala-se em requisição ("*Auftrag*"), ao passo que, se é destinada a funcionários de polícia ordinários, fala-se de requerimento ("*Ersuchen*")¹⁵. A verdadeira diferença entre funcionários de polícia ordinários e funcionários auxiliares está em que algumas das medidas coercitivas previstas no ordenamento processual para casos de "perigo na demora em proceder" não podem ser adotadas por funcionários de polícia ordinários, mas somente por funcionários auxiliares – aqueles do Ministério Público –, como, por exemplo, realização de exame de corpo de delito conforme o § 81, II ou uma busca e apreensão domiciliar de acordo com o § 105 I¹⁶.

2.2. IMPRECIÇÕES NORMATIVAS

A relação entre polícia e Ministério Público a nível normativo não está livre de certas imprecisões. Isso se dá, por um lado, pelo fato de que a polícia e o Ministério Público servem a "senhores" distintos: a polícia está subordinada no aspecto jurídico-organizativo aos respectivos ministérios estatais do interior, enquanto que o Ministério Público depende do Ministério da Justiça. Já no aspecto disciplinar, o funcionário de polícia ordinário somente está sujeito a seus superiores policiais. O Ministério Público, na Alemanha, além de suas faculdades

12. Regramento acerca dos Funcionários Auxiliares do Ministério Público de 21 de dezembro de 1995, *Bayerisches Gesetz und Verordnungsblatt (BayGVBl.)* 1/1996, p. 4.

13. Cfr., por ex., o Regramento do Governo Federal de Baden-Württemberg de 12 de fevereiro de 1996, *Gesetzblatt (GBl.)* de 6 de março de 1996, p. 184; também o Regramento de Renania do Norte-Westfalia de 31 de agosto de 1982 (GVBl. 592), *Änderungsverordnung* de 7 de maio de 1985 (GVBl. 382), assim como de Thüringen, de 12 de junho de 1996 (GVBl. 110).

14. Cfr. também Kühne, *Strafprozessrecht*, 5. ed., 1999, núm. marg. 147; Hellmann, nota supra, § 3 núm. marg. 91; Peters, *Strafprozess*, 4. ed., 1985, § 24 IV; detaladamente Habel, nota supra, p. 52 e segs., que lamenta que não se tenham funcionários auxiliares de maior graduação.

15. Cfr. Beulke, *Strafprozessrecht*, 5. ed., 2000, número marginal. 102; Volk, *Strafprozessrecht*, 1999, § 7, número. marginal 5 e segs.; Füllkrug, *Neue Formen der Kriminalitätsbekämpfung und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei*, ZRP 1984, p. 193 (194).

16. Ademais, a conformidade com o § 98 I (cfr. também § 111 e I), a investigação de outras pessoas segundo o § 81 c V, emprego de meios técnicos (§ 100c I) segundo o § 100 d I, estabelecimento com o fim de realizar uma detenção segundo o § 131 I, busca e captura segundo o § 131, c, I, medidas para assegurar a persecução o a execução segundo o § 132 II, pesquisas policiais com registro de dados nos casos do § 163 d II, assim como procedimentos prolongados segundo o § 163, f, III. – Os funcionários auxiliares dispõe além disto – com independência do perigo em demora injustificada – das faculdades do § 100, b, III e § 111, f, I.

de investigação e vigilância, não possui nenhum poder disciplinar sobre a polícia no exercício de suas funções repressivas¹⁷. Já na Exposição de Motivos da Lei de Organização Judiciária ficou caracterizada a relação entre Ministério Público e polícia como “*inacabada e indeterminada enquanto a seus limites (...) pois não existe um vínculo organizativo entre ambas as Instituições*”¹⁸. Ultimamente foi qualificada tal relação de “*instável*”¹⁹, sendo que nesse sentido, manifestou-se, desde logo, a suspeita de que se deve conformar conscientemente com essa indeterminação, a fim de não submeter a “suposta” eficácia policial a maiores limitações. Assim, MITTERMAIER já expunha a opinião de “*que com uma escassa liberdade de movimentos e a posição da instituição policial, a discricionariedade para dispor convenientemente, segundo as necessidades do caso concreto, há de ser transpassada a uma boa eficiência da polícia, eficiência esta que não está garantida*”²⁰. Sobre isso, o direito vigente – e como já fazia, inclusive, o Ordenamento Processual do Império – resulta contraditório enquanto faculta à polícia – dentro dos limites do chamado primeiro momento de atuação²¹ ou, como dizemos hoje em dia, a primeira intervenção policial²² – “*o poder de investigar feitos penais e a determinar todas as ordens que não permitam dilação...*” (§ 163, I, primeiro inciso). Por outro lado, fica a polícia obrigada a dar cópia das “*autuações sem demora*” ao Ministério Público (§ 163 II, segundo inciso) e deve se submeter, de maneira geral, às ordens do Ministério Público (§ 161, I). Isso sempre foi tradicionalmente interpretado como um “mandato policial” outorgado pelo Ministério Público conforme o § 1.61, I, e, o ordenamento processual considera na generalidade dos casos, enquanto que a faculdade da primeira intervenção feita pela polícia, de conformidade com o § 163, I, trata-se somente de uma faculdade em caso de urgente necessidade, ou seja, é uma exceção²³. Ao contrário da dita relação de regra-exceção, isto é, da submissão estrita da polícia ao *parquet*, fala-se em uma autorização ilimitada de funções, em regra, em se tratando de uma primeira intervenção, ou, em outras palavras, poderá, “*investigar feitos penais e adotar todas as medidas que não admitam demora, para evitar que se atrapalhe ou se crie obstáculo à futura causa*”²⁴. Ademais, a última Lei de Reforma do Procedimento Penal Alemão (*Strafverfahrensänderungsgesetz, StVÄG*) de 2 de agosto de 2000, converteu a atribuição originária de funções contida nos §§ 161, I, e 1.63, I, em uma cláusula geral de investigação²⁵. Ressalte-se que essa atribuição deve se limitar unicamente à faculdade de adotar medidas

17. Cfr. Görgen, nota supra, p. 112; Habel, nota supra, p. 47 e segs.

18. Cfr. Hahn, *Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz*, 1º ed., 1879, p. 153.

19. Cfr. Rüping, nota supra, p. 916.

20. Mittermaier, *Gesammelte Schriften* 14 (1862), p. 41; cit. segundo RÜPING, nota supra, p. 897.

21. Assim era no direito prussiano, cfr. Görgen nota supra, p. 40 e segs.

22. Cfr. Pfeiffer, *Strafprozeßordnung*, 3. ed. 2000, § 163 núms. margs. 1 e 2.

23. Cfr. Peters, em nota supra, § 24 Ap. 3; Pfeiffer, *ib.* em nota supra, § 163 núm. marg. 10; cfr. da mesma maneira, Görgen, nota supra, págs. 69 e segs., que pretende limitar as atribuições da polícia às medidas impostergáveis.

24. Cfr. *Karlsruher, Kommentar-Wache*, 4. ed. 1999, § 163 núm. marg. 4; Rüping, nota supra, p. 65 e ss.; Habel, nota supra, p. 41 e segs.

25. Cfr. Hilger, *Zum Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) – Parte 1*, NStZ 2000, p. 561 (563 e segs.).

de investigação que sejam menos intensivas no que diz respeito ao ataque a direitos fundamentais, com mais atenção ao caso das medidas coercitivas individuais (*Einzeleingriffsermächtigungen*)²⁶. O certo é que a polícia também está facultada – no limite desta primeira intervenção (“*com este fim*”) – de levar a cabo investigações de todo tipo” uma verdadeira faculdade de investigação procedimental penal²⁷. Essa faculdade adquire maior significado caso seja considerada, dentro do contexto, uma discussão acerca de competência²⁸ da polícia para a adoção das chamadas investigações prévias, investigações em estado prévio ou investigações iniciais. Sobre isto voltar-se-á mais adiante. Finalmente, nesse contexto, deve também ser advertido que o fato de haver disposição legal determinando que deva se dar cópias das “*atuações sem demora*” (§ 163, II) – tendo por base uma sentença do Tribunal do Império (*Reichsgericht*) de 1883 – sempre houve a interpretação relativamente generosa no sentido de que a obrigação de entrega não se exige até que se tenha “*autuado*”, ou se tenha investigado algo²⁹. Assim, “*sem demora*” significa depois que já haja o asseguramento ou preservação impostergável dos elementos de investigação, das devidas atuações da investigação e de sua documentação escrita no sumário³⁰. Pois bem, nessa discussão não se deve perder de vista a dimensão histórica. No processo inquisitivo da primeira metade do século XIX era uma prática habitual que os funcionários de polícia monopolizassem completamente a fase de investigação e já entregassem diretamente a questão ao tribunal penal desde que o fato já estivesse totalmente investigado e pronto para seu ajuizamento definitivo³¹. Com a criação do Ministério Público e a introdução de um procedimento penal reformado, durante a segunda metade do século XIX, isso primeiro na Prússia, à polícia se contrapôs um órgão de controle jurisdicional³², se bem que não se alcançou um controle total da polícia pelo Ministério Público. Em 1845, o célebre v. SAVIGNY, então ministro prussiano de legislação, acordou com o novo Ministro de Justiça Uhden: “*o Ministério Público deve mostrar-se efetivo*

26. Exemplos em *ibidem*, 564; e, na mesma opinião Murmann/Grassmann, *Die strafprozessuale Zusatzfrage im Ersten Juristischen Staatsexamen*, Juristische Schulung (JuS) anexo ao fascículo 3/2001, p. 1 (6).

27. Cfr. Pfeiffer, nota supra, § 163 núm. marg. 2. Em posição crítica, P. A. Albrecht, *Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren*, StV 2001, pág. 416 (419), que fala inclusive de uma “*violação constitucional*”. Cfr. Görgen, nota supra, págs. 68 e segs.; Habel, nota supra, p. 63 e segs.

28. (NT e do revisor pra esta publicação: no direito brasileiro, como visto se diz “*atribuição*”). Cfr. Pfeiffer, nota supra, § 163 núm. marg. 10; além disto, entre outros, AK-Achenbach, Tomo 2, Parte 1, 1992, § 163 núm. marg. 25. Cfr. Schünemann, *Polizei und Staatsanwaltschaft* – Parte 1, *Kriminalistik* 1999, p. 74 (76 e segs.).

29. Cfr. Görgen, nota supra, p. 48 e ss.; Habel, nota supra, p. 15 e ss., 24 e s.; e com detalhes, Collin, “*Wächter der Gesetze*” oder “*Organ der Staatsregierung*”? *Konzipierung, Einrichtung und Anteilung der Staatsanwaltschaft durch das preußische Justizministerium*, 2000, p. 62 e segs.; e, no mesmo sentido, Füllkrug, nota supra, p. 193 e segs.

30. Citação segundo Otto, *Die preussische Staatsanwaltschaft*, Berlin 1899, p. 35. Segundo Collin, supra nota, p. 77 e sendo que, a composição original provinha de Friedberg, colaborador de Uhden, enquanto que Savigny unicamente deu seu “*de acordo*” no posicionamento.

31. Citação segundo Otto, nota supra, p. 40 e segs.

32. Citação segundo Otto, nota supra, p. 40 e com de Collin, nota supra, p. 37.

não somente no interesse do Estado, senão também em grau similar em favor do acusado, isto é, para sua defesa. Ele contribuirá essencialmente encontrar o apoio público para a nova implantação que se pretende, rebatendo a opinião de que só visa proporcionar ao Estado novos instrumentos, particularmente nos crimes políticos”³³. Conseqüentemente, também a polícia haveria de se submeter ao controle do Ministério Público, como bem ressaltou, por exemplo, o voto de v. SAVIGNY de 17 de dezembro 1845: “precisamente nas (...) operações de polícia onde subjaz o perigo de uma infração jurídica e a experiência mostra como não são poucas vezes que os agentes de polícia inferiores (...) incorrem em semelhantes infrações”³⁴. Posteriormente, na “Promemoria do Ministro de Estado e do Ministro de Justiça v. Savidny e Uhden acerca da implantação do Ministério Público”, de 23 de março de 1846, este ficou incumbido de ser tal qual “como guardião da lei (...) a intervir desde o começo para que em face de todos os aspectos da lei, esta resulte satisfeita”, estendendo-se o controle jurídico do Ministério Público de maneira expressa “às operações policiais precedentes (...) pois, de outro modo uma parte do procedimento essencial e às vezes, freqüentemente, até muito pré-julgadora, ficaria excluída de seu controle”³⁵.

Basicamente, o Ministério Público foi e deveria ser concebido como órgão de controle da polícia. Não se pode ignorar, entretanto, que, por outro lado, o Ministério Público sempre foi visto como órgão do Estado e representante de seus interesses³⁶, e desde então se manifestou uma certa crítica de que um controle por parte do Ministério Público acabaria por obstaculizar uma atividade policial efetiva³⁷.

Sugeriu-se, portanto, que, entre um procedimento de investigação jurídico-estatal e a eficiência policial, existe uma contradição insolúvel, o que é uma visão reconhecida até a atualidade. Finalmente, o regulamento prussiano de 3 de janeiro de 1849 submeteu a polícia a um (limitado) direito de investigação (“direito de requisição”) do Ministério Público, porém subordinou o Ministério Público ao Ministério de Justiça, deixando para a polícia a faculdade de investigar autonomamente³⁸. Ainda que com isto fracassasse a concepção originária de um dos colaboradores de Uhden, Friedberg, consistente em conceder ao Ministério Público o “império material” sobre a polícia no sentido de uma faculdade de

33. Cfr. Collin, nota supra, p. 64 e segs.

34. Cfr. Habel, nota supra, p. 30; Collin, tb. nota supra, p. 78.

35. Cfr. § 4 do Regulamento de 1849, em Collin, nota supra, p. 205; também idem *ibidem*, p. 91 e segs.; Rüping, nota supra, p. 896; Roxin, *Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals uns heute*, DRiZ 1997, pág. 109(111). Sobre a Lei de 1846, cfr. Collin, *op. cit.*, p. 83 e segs.

36. Collin, nota supra n° 32, p. 85 e segs., 205, 210; ademais, o direito de requisição do Ministério Público era interpretado como um mero direito de petição aos funcionários de polícia (*ibidem*, págs. 208 e segs.). Acerca dos posteriores esforços em vão para um controle da polícia: *ibidem*, p. 218 e segs. (221).

37. Cfr. Gleß, en: Gleß/Grote/Heine (Eds.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, Tomo 1, 2001, p. 660 e segs.; Ambos, en: Arbour/Eser/Ambos/Sanders (eds.) nota supra nota, págs. 513 e segs.; também o mesmo é defendido por Eur.J.Crime CrLCrj 8 (2000), p. 89 (105 f.); Cfr. Ambos, supra nota 6, p. 512 e segs.; também, no mesmo sentido Eur.J.Crime CrLCrj 8 (2000), p. 89 (105 f.); Gleß, nota supra, p. 662.

38. Bräutigam, *Probleme der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft*, DRiZ 1992, p. 214.

controle e ordenação absolutos³⁹, na verdade, com a institucionalização do Ministério Público se alcançou, ao menos, um contrapeso à polícia. Um superficial exame na história confirma a tese já formulada no princípio: a luta do Ministério Público pelo controle da polícia é tão antiga como a sua própria Instituição. Ademais, a idéia de um controle jurisdicional externo das investigações policiais já foi implantada em quase todos os ordenamentos continentais europeus⁴⁰ – a exceção da Dinamarca –, enquanto que nos procedimentos penais anglo-americanos, como se conhece, as investigações (“*investigation*”) são levadas a cabo pela polícia de uma maneira praticamente autônoma, e só tem lugar um controle interno dentro da própria hierarquia policial⁴¹.

3. A REALIDADE DO PROCESSO

Na prática, tanto os que atuam na administração de justiça como os que se dedicam à ciência jurídica criticam em igual medida, o domínio policial na fase de investigação, deixando de cumprir o desiderato legal de um Ministério Público que seja o *dominus litis* e senhor do procedimento de investigação. Assim, observa com resignação a Procuradora-Chefe do Ministério Público Margarete Bräutigam que membros veteranos do Ministério Público ao ouvirem o termo “*faculdade de direção*” balancem a cabeça, negando, de forma a indicar que posição fática e realidade jurídicas são duas coisas totalmente distintas⁴². Segundo a opinião do Procurador-Chefe do Ministério de Munich MANFRED WICK, a polícia invadiu o terreno do Ministério Público precisamente no campo da luta preventiva contra a criminalidade, e domina partes da fase de investigação sem estar sujeita a controle algum⁴³. Nas investigações científicas se critica que, na realidade do

39. Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen., nota supra, p. 90 e segs., 303 e seg.; também Paeffgen, nota supra, p. 14; Wick, também nota supra, p. 219.

40. Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, *Die Staatsanwaltschaft im Prozeßstrafrechtlicher Sozialkontrolle*, 1978, p. 90 e segs., 303 e segs.; também Lillie, *Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren*, ZStW 106 (1994), p. 625 (626). Wolter, *Datenschutz und Strafprozeß*, ZStW 107 (1995), p. 793 (813, 826), que lamenta que o moderno direito processual penal de segurança, entre outras coisas, disimula a faculdade de direção material do Ministério Público. Para Roxin (em nota supra, p. 119), “hoje a opinião geral é que não é o Ministério Público o dono e senhor da fase prévia, e sim que as investigações, sob inobservância do § 163 II 1, se realizam basicamente pela polícia sob sua própria responsabilidade”. (de maneira similar, o mesmo é defendido em, *Strafverfahrensrecht*, 25. ed. 1998, § 10 núm. marg. 34). Schünemann, tb. em nota supra, pág. 146, adverte que a polícia passou de ajudante a “senhor” oculto do processo penal; cfr. neste sentido Habel, nota supra, pp. 2, 41 e segs., 199.

41. Cfr. Gleß, nota supra, p. 661.

42. Cfr. por ex. Paeffgen, “*Verpolizeilichung des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?*”, en Wolter (ed.), *Symposium für Rudolphi*, 1995, p. 13 (14) com ulteriores resenhas bibliográficas; cfr. ainda Schoreit, nota supra, p. 449; Schaefer, *Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft – Polizei*, *Libro-homenagem a Hanack* (1999), p. 191 (196); Schünemann, nota supra, p. 78; Albrecht, nota supra, p. 417 e segs.

43. Cfr. fundamentalmente Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 90 e segs., 303 e segs.; também Paeffgen, nota supra, p. 14; Wick, também nota supra, p. 219.

processo, com respeito a vários e amplos âmbitos de criminalidade, o Ministério Público só aparece no esclarecimento dos procedimentos ou nos feitos judiciais. Quanto à coleta de elementos de investigação ou informação em fase de diligências prévias, acaba sendo um coadjuvante secundário ou “marginal”⁴⁴. A expressão “policialização” (*Verpolizeilichung*) da fase de investigação, o que inclusive se transmite a todo o processo penal – ocorre, por certo, também em outros ordenamentos jurídicos da Europa continental⁴⁵ – acaba por imperar, entendendo-se por tal, em geral, o crescente papel dominante que cada vez mais tem a polícia na investigação dos feitos. Concretamente, isto significa que, nos âmbitos de criminalidade menor e média, a polícia dirige as investigações de maneira praticamente autônoma⁴⁶, ou seja, averigua os feitos com independência e somente informa ao Ministério Público – “*sem demora*” – quando obtém um resultado da investigação que esteja pronto para ser apresentado ao mesmo. Pelo contrário, o Ministério Público exerce mais decididamente suas faculdades de direção na investigação de crimes capitais, como o homicídio, e na criminalidade econômica tradicional⁴⁷. Essa situação ocorre devido à conhecida dependência do Ministério Público acerca do resultado das investigações policiais⁴⁸ e a “*reavaliação*” da criminalidade por parte da polícia⁴⁹. Sem querer cair em exagero, pode ser dito que o executivo tentou adaptar a situação normativa à situação real e efetiva através de certas recomendações ou mediante a promulgação de disposições de nível inferior à lei. Um exemplo das primeiras são as “*diretrizes sobre a nova configuração das relações entre a polícia e o Ministério Público*”⁵⁰, aprovadas em 1975 pela Conferência de Ministros de interior e da justiça, em cujo número 7 d) se advoga, por exemplo, a favor de uma faculdade geral da polícia de se encarregar, de forma autônoma, do procedimento dentro

44. Cfr. com pensamentos diferenciados Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 161 e ss., 268 e ss., 304; também, entre outros, Bräutigam, nota supra, p. 215 e segs.; Hellmann, nota supra, § 3, núm. marg. 58; Roxin, nota supra, p. 120.

45. Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 81 e segs., 86, 307 e segs., 317, 322 e segs.

46. Fundamentalmente Steffen, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, 1976, p. 292 e segs.

47. Fundamentalmente Steffen, *Analyse polizeilicher Ermittlungstätigkeit aus der Sicht des späteren Strafverfahrens*, 1976, p. 292 e segs. e passim; o mesmo, *Die polizeiliche Ermittlungstätigkeit, Kriminalistik*, 1976, p. 97 e segs.; Kaiser, *Kriminologische Forschung in Deutschland und die empirischen Untersuchungen am Max-Planck-Institut*, ZStW 83 (1971), p. 1.093 (1.110 e segs.); também Kuhlmann, nota supra, p. 268, assim como também de forma bem desenvolvida e com referências Habel, em nota supra, p. 58 e segs. – Sobre freqüente precoce suposição policial de dolo de homicídio devido a uma orientação excessivamente parcial do resultado de acusação cfr. Sessar, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, 1981, p. 208 e segs. e passim; Eisenberg, *Kriminologie*, 5. ed., 2000, § 45 núm. marg. 15; cfr. também Kaiser, *Kriminologie*, 3. ed., 1996 § 37 números. marginais. 24 e segs.; Bock, *Kriminologie*, 2. ed., 2000, núms. marginais. 262 e segs.

48. Blankenburg/Sessar/Steffen, nota supra, p. 95 e ss.; criticamente Kuhlmann, nota supra, p. 266 e ss.; também Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl. 1998 (edic. espanhol Cfr. Blankenburg/Sessar/Steffen, tb. nota supra de Daniel Pastor e Gabriela Cordoba, Buenos Aires 2000), § 10 núms. margs. 34 e segs.

49. Reprodução em Kuhlmann, nota supra, p. 266 em nota 7.

50. Cfr. Kuhlmann, *ibidem*.

de certo prazo – que pode ser prorrogável – por dez semanas, isso a partir da data e apresentação da *notitia criminis* ou do começo das investigações⁵¹. Com isso, se é certo que não se opta explicitamente por uma investigação policial, acaba-se por renunciar-se a um procedimento de investigação mais perfeito que esteja, conforme é o desejo da lei, plenamente nas mãos do Ministério Público⁵². Ainda mais importantes são, sem dúvida, as diretivas comuns do *Bund** e dos *Länder*** para o processo penal e o procedimento de imposição de multas (*Bußgeldverfahren*, RiStBV)⁵³. Ali se pode ler no núm. 3 ap. 1 “que o Ministério Público (...) nos casos relevantes ou (...) difíceis (deverá) esclarecer, por si só, o ocorrido desde a primeira intervenção”⁵⁴, do que se deduz, em raciocínio contrário, que isto não seria aplicável nos casos de criminalidade menor ou mesmo média, isto é, a criminalidade de massa, porquanto, nesses casos, o que se dá, até mesmo por disposição normativa, é que se deve atribuir à polícia maiores faculdades de investigação com autonomia. Mesmo que o Ministério Público, de acordo com o disposto no núm. 3 ap. 2 da RiStBV, tenha o dever de dirigir as investigações também nesses casos e, de forma especial, possa dispor de medidas concretas relativas a certa classe de atos específicos de investigação, bem como a sua execução, já que não se pode falar *stricto sensu* de um exercício da direção material quando o Ministério Público unicamente decide com base nos resultados de investigação, obtidos de forma autônoma pela polícia*. A divisão de atribuições descrita pra os casos das formas tradicionais de criminalidade se deve fundamentalmente ao motivo de que, em regra geral, é a polícia que primeiro toma conhecimento dos feitos penais — por meio de uma *notitia criminis*⁵⁵ ou através de outro meio — enquanto que o Ministério Público não está permanentemente à disposição para imediatamente perseguir qualquer fato suspeito⁵⁶. Nos casos em concreto e também juridicamente, se poderia sustentar,

51. Reprodução em *Kleinknecht/Meyer-Gofner*, StPO, 44. ed. 1999, p. 1.813 e segs.

52. Conclusão do autor.

* NT: nota do tradutor e revisor para esta publicação — Ente Federativo Maior (v.g. República Alemã).

** NT: nota do tradutor e revisor para esta publicação: Estados membros ou Regiões.

53. Cfr. de maneira similar *Blankenburg/Sessar/Steffen*, nota supra, p. 92.

54. Sobre os (outros) motivos do domínio policial na criminalidade tradicional cfr. *Habel*, em nota supra, p. 62 e segs.; cf. também *Lilie*, nota supra, p. 627 e segs.; *Roxin*, tampem em nota nota, p. 119 e segs.

* NT: quando se refere à denúncia, na verdade temos é a chamada *notitia criminis*, na locução tradicional da doutrina brasileira, vez que a palavra denúncia tem significado distinto daquele empregado pelo autor no idioma espanhol e no direito brasileiro.

55. Cfr. entre outros *Hellmann*, nota supra nota, § 3 núm. marg. 62; *AK-Achenbach*, nota supra, § 163 núm. marg. 4.

56. Cfr. entre outros *Weßlau*, *Vorfelddermittlungen – Probleme der Legalisierung vorbeugender Verbrechensbekämpfung aus prozessualer Sicht*, 1989, p. 27; *Schüler Springorum*, *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, p. 248; *Merten/Merten*, *Vorbeugende Verbrechensbekämpfung*, ZRP 1991, p. 213 (217); *Kniesel*, *Vorbeugende Bekämpfung von Straftaten im juristischen Meinungsstreit – eine unendliche Geschichte*, ZRP 1992, p. 164 e segs.; *Lisken*, *Vorfelddringriffe im Bereich der Organisierten Kriminalität – gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei?*, ZRP 1994, p. 264 (265); *Wolter*, nota supra, p. 824; *Hoppe*, *Vorfelddermittlungen im Spannungsverhältnis von Rechtsstaat und der Bekämpfung organisierter Kriminalität*, 1999, p. 25 e segs.; *Artzt*, *Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfelddermittlungen*, 2000, p. 11 e segs.

sem qualquer dificuldade, que a polícia também pudesse fazer uma “primeira investigação” do assunto, para depois, remeter as “autuações” ao Ministério Público, isso quando já possa mostrar um resultado das investigações que seja aproveitável processualmente de forma significativa⁵⁷, sobretudo tendo em conta que também, neste caso, o Ministério Público conserva uma notável influência através de seus poderes e atribuições de dispor medidas próprias, especialmente aquela de concluir a investigação (§ 170). Partindo desse ponto de vista, é perfeitamente compreensível que a atual discussão jurídico-política e dogmática gire menos em torno da criminalidade tradicional e mais em torno da luta contra o chamado “crime organizado” através de investigações prévias à própria prática do delito (ou seja, preventivamente). Esse aspecto será abordado mais detidamente a seguir.

4. CRIMINALIDADE ORGANIZADA E LUTA PREVENTIVA CONTRA A DELINQUÊNCIA

4.1. FUNDAMENTOS

A prevenção de delitos ou investigações de crimes ainda não cometidos consiste em medidas policiais de inquirição e investigação que são levadas a cabo quando surge um suspeito inicial no sentido do § 152, II, do StPO, tendo como meta sondar um ambiente ainda nebuloso ou um meio social determinado onde se supõe que possa ocorrer a comissão (futura) de delitos. Aqui se trata inteiramente de elementos de investigação que se dirigem contra a chamada criminalidade organizada (CO) e está definida no número 2. 1. do Anexo E a — RiStBV — da seguinte forma: “Criminalidade organizada é a comissão de feitos penais planificada e determinada pela ambição de lucro ou poder, a qual, individualmente ou em seu conjunto, adquire notável relevância quando mais de dois participantes atuam sob divisão de trabalho durante um tempo prolongado ou indeterminado: a) empregando estruturas industriais ou semi-comerciais, b) empregando a força ou outros meios idôneos para a intimidação, ou c) exercendo influência sobre a política, os meios de comunicação, a administração pública, a justiça ou a economia”⁵⁸. Segundo a RiStBV, as

57. Cfr. em: Kleinknecht/Meyer-Goßner, nota supra, p. 1914. A definição tem sua origem em uma definição de um grupo de trabalho dos ministros e senadores de justiça e dos ministros e senadores de interior dos Länder do ano de 1990 (cfr. Hoppe, nota supra, p. 172 e segs.; Kinzig, *Organisierte Kriminalität und ihre Einflussnahme auf Polizei, Wirtschaft und Justiz in Deutschland*, en: Militello/Arnold/Paoli (eds.), *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen*, 2000, p. 191 (196 e segs.); Gropp, en: Gropp/Huber (eds.), *Rechtliche Initiativen gegen organisierte Kriminalität*, 2001, p. 65 (84)..

58. Segundo o Núm. 2.2 de Anexo E RiStBV, as formas de manifestação da criminalidade organizada são “múltiplas. Junto a formas de organização estruturadas, construídas hierarquicamente (com freqüência respaldadas auxiliariamente através da solidariedade étnica, a língua, aos costumes, o entorno social ou familiar) se encontram – sobre a base de um sistema de conexões pessoais ou comerciais criminalmente úteis – concentrações dos autores dos crimes com distintos graus de

manifestações da CO não só são multiformes, como podem ser detectadas em quase todos os âmbitos de criminalidade que se possa imaginar – desde o tráfico de drogas até o roubo domiciliar com a divisão do lucro obtido, passando pelo tráfico de pessoas⁵⁹. A consideração se um determinado fato pertence ao conceito de criminalidade organizada é possível de ser obtida através de utilização de numerosos indicadores, mesmo que só poucos deles sejam precisos⁶⁰. No fundo, nesse conceito de CO estruturado aqui, a grosso modo, procura-se abarcar qualquer prática punível de tipo industrial ou semi-comercial desempenhada por mais de duas pessoas ou – segundo os cânones internacionais — por três

vinculação no concurso de pessoas, cuja concreta configuração se determina através dos respectivos interesses criminosos”. O Número 2.3 menciona numerosos âmbitos de criminalidade, bem como os procedimentos penais em relação com o terrorismo, que estão expressamente excluídos no Número 2.1 (Kleinknecht/Meyer-Göfner, nota supra, p. 1.914).

59. O Núm. 2.4 Anexo E — RiStBV remete, neste sentido, aos seguintes “*indicadores gerais para reconhecer e obter sucessos relevantes desde o ponto de vista da criminalidade organizada*” (Kleinknecht/Meyer-Göfner, nota supra, p. 1.919 e segs.). Preparação e planificação do fato penal: planificação precisa; adaptação às exigências do mercado através do aproveitamento das lacunas do mercado, reconhecimento de necessidades ou similares; trabalho com responsabilidade; altos investimentos, por ex. através de financiamento antecipado proveniente de fontes desconhecidas. – Execução do fato penal: execução qualificada, precisa e profissional do fato; emprego de conhecimentos e meios econômicos proporcional mais dispendiosos, desconhecidos ou difíceis de se colocar em marcha; atuação de especialistas (também do estrangeiro); atuação mediante divisão de trabalho. – Aproveitamento do lucro obtido através do fato penal: forte orientação no sentido da obtenção de benefícios; refluxo ao curso econômico legal; transmissões no lote de atividades econômicas (legais) próprias; medidas que demonstrem lavagem de dinheiro. – Comportamentos conspiradores por parte do autor: contra - observação; isolamento; nomes falsos; codificação do idioma e de documentos e escrituras. – Contatos do autor circunstancial do fato: seja supraregional; nacional; internacional. – Estrutura dos grupos: construção hierárquica; um comportamento não explicável a um simples exame da autoridade e dependência entre vários suspeitos; sistema interno de sanções. – Ajuda para membros do grupo: apoio na fuga; contratação de certos advogados e pagamento de honorários através de terceiros (laranjas); levar e já ter em mãos procuração com poderes amplos de representação previamente mencionados para advogados; altas ofertas de fiança; ameaça e intimidação de participantes no processo; inexistência de testemunhas; típico silêncio por claro temor por parte dos afetados; surgimento repentino de testemunhos de defesa; assessoramento na prisão preventiva ou na condenação; assistência a parentes; readmissão imediata após a soltura. – Corrupção: inclusão de um estilo de vida luxuoso do autor; aquisição de certas dependências (por exemplo, através do sexo, jogos de azar proibidos, créditos ou juros utilizando-se de usura); pagamento de subornos, empréstimo de casas de veraneio ou para férias, veículos de luxo, etc. – Afã de monopólio: “Aquisição” de empresas comerciais ou participações; direção de empresas comerciais por meio de “testas- de-ferro (laranjas); controle de determinados setores comerciais (cassinos, bordéis); “garantia de proteção” em troca de pagamento de despesas em procedimentos penais ou de imposição de multa. – Atividades públicas: publicações com uma orientação determinada ou caráter tendencioso; partrocínios, como verdadeiro mecenas, de forma ostensiva, entre outros casos, de atividades desportivas; busca de contato com personagens da vida pública. De forma crítica, Wessel, *Organisierte Kriminalität und soziale Kontrolle*, 2001, p. 55 e segs, com outras referências bibliográficas.

60. Cfr. Art. 2 (a) *UM Convention against Transnational Organised Crime* de 2.11.2000, UM Doc. A/55/383 — Paoli, *Das organisierte Verbrechen in Italien und Deutschland*, en: Militello/Arnold/Paoli (eds.) nota supra, p. 58.

pessoas⁶¹. Trata-se, portanto, de avaliação de maneira predominante — e aqui resulta clara a influência da “*illegal-enterprise Theorie*” dos Estados Unidos⁶² — de uma “*criminalidade de domínio econômico*”⁶³, o que é o mesmo que — expressado de forma mais “neutra” — criminalidade econômica organizada de forma coletiva. Pelo contrário, o exercício de influência sobre a política, os meios de comunicação, a administração pública, a justiça ou a economia só se exige como uma alternativa, pois a infiltração social acarretada, ainda que com influência eventual desde o setor policial⁶⁴, não se pode demonstrar empiricamente, ao menos no que diz respeito à República Federal Alemã⁶⁵. A política criminal nacional atua, na Alemanha, *nolens volens*, ou seja, sem solidez científica, o que não surpreende muito, quando se recorda que, na Alemanha, o conceito foi admitido em texto de uma obra (ou de uma exclusiva raiz), que foi ver sucesso editorial, porém bem carente de fundamentação científica, que é o *bestseller Der Mob*, do periodista bávaro DAGOBERT LINDLAU. Porém, se a suposta periculosidade da CO (criminalidade organizada) não existe de fato, ou não existe na magnitude que se propaga por parte da polícia⁶⁶, a estratégia prévia que se utiliza, em certa medida, não teria razão de ser. Com ela, deveria ser claro que a partir de um ponto de vista meramente lógico, só se pode falar em uma coisa — estratégias prévias — quando a outra — a CO que é o objeto de investigação — esteja definida exatamente ou, ao menos, de forma mais exata. Para evitar mal entendidos, não se trata aqui de levar a cabo uma gama de conceitos nem de questionar se existem (e se sempre existiram) formas organizadas de criminalidade. Nesse sentido, posso fazer remissão as minhas próprias investigações de campo realizadas na Colômbia, Peru e Bolívia⁶⁷. A definição oficial de CO como criminalidade econômica organizada de forma coletiva deve ser analisada de forma crítica, pois proporciona um conceito de CO tão carente de contornos que já não é capaz de cumprir sua função de legitimar um direito penal especial de segurança⁶⁸.

61. Arnold, *Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und anderen europäischen Staaten*, in: Militello / Arnold / Paoli (eds.) nota supra, p. 95; bem como cf. GROPP, nota supra, p. 331 e segs.

62. Cfr. de maneira similar Albrecht, *Organisierte Kriminalität und neuere Strafprozessreformen in Deutschland*, in *Libro-homenagem a Nishihara* (1998), Tomo 5, p. 311 (318), para quem os elementos da definição de CO não permitem uma diferenciação entre CO e comércio econômico organizado; crítico também a este respeito Wessel, em nota supra, p. 54 com outras referências bibliográficas.

63. Ultimamente indicada em um congresso científico da Fundação Friedrich Ebert, cfr. FAZ de 22.5.01.

64. Cfr. Albrecht, nota p. 317. Se perigo potencial da CO efetivamente reside no “efeito demolidor para o sistema democrático” e seu reverso é a corrupção, então um conceito fundamentado teoricamente seria muito difícil de ser elaborado em base empírica e resultaria, de qualquer modo, impossível; e, de qualquer forma, os quadros informativos até agora existentes não são exatos e adequados. Cfr. também KINZIG, em nota supra, pp. 197, 205, 217.

65. Cfr. de forma instrutiva e crítica Schüler Springorum, nota supra, p. 237 e ss

66. Dúvidas são levantadas, dentre outros em Kinzig, nota supra, p. 192.

67. Cfr. Ambos, *Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Peru und Bolivien*, 1993, p. 38 e segs., 56 e segs., 88 e segs., 115 e segs. Acerca da história de Pablo Escobar, cfr. entre outros Bowden, *Killing Pablo*, 2001.

68. Cfr. de nuevo Wessel, nota supra, p. 71 e segs., 217 e segs. e ainda; cfr. também Albrecht, nota supra, p. 317, segundo o qual, hoje não se pode deixar de mencionar que existe um certo desvalor, quando não uma crise nos intentos de descrever a CO (criminalidade organizada) de forma compreensível.

Não falta muito, portanto, para se chegar à afirmação de que, “por princípio”, as chamadas “estratégias policiais em estado prévio” são necessárias porque uma pseudo submissão às futuras possibilidades processual-penais impediria “uma eficiente luta contra a criminalidade”⁶⁹. Nesse caso, tal conclusão se fundamenta na “policialização” da luta contra a CO por meio, não só da necessidade, como, também, de uma suposta efetividade da luta preventiva contra o delito. Isso pode ser demonstrado empiricamente de forma mínima como também a própria CO (criminalidade organizada). A *vexata quaestio*, quanto à discussão, mostra, pelo menos que uma ciência do direito penal moderna e sobretudo, também, uma moderna política criminal não podem sobreviver sem uma investigação criminológica de seus fundamentos⁷⁰.

4.2. LUTA PREVENTIVA CONTRA O DELITO E ESTADO DE DIREITO

Admitida a existência da CO (criminalidade organizada) – apesar de haver um justificado ceticismo na base científica – coloca-se naturalmente, a questão de como pode alguém se fazer dono de semelhante fenômeno de criminalidade sem estratégias pró-ativas. Não se pode colocar em dúvida que, como consta no Anexo E da RiStBV sob o rótulo de “investigações iniciais”, a CO se manifesta raramente por si só, pois, neste âmbito, quase não se interpõem notícias-crime. Isto se deve, especialmente, ao fato de que, no caso da CO, trata-se de uma forma de criminalidade que não gera “verdadeiras” vítimas, de maneira que, por isso, só há que se prescindir – contrariamente ao que sucede na criminalidade clássica – de pessoas diretamente afetadas que sejam testemunhas presenciais. No caso em que haja vítimas e/ou testemunhos imediatos, esses normalmente não se mostram muito dispostos a cooperar por medo a represálias. Tampouco se pode ignorar que as formas de criminalidade que, na sua maior parte, operam de forma anônima e neutra são difíceis de serem identificadas e de serem delimitadas espacial e pessoalmente. Por isso, ao se investigar ou esclarecer a persecução eficaz da CO se pressupõe, como se indica no Anexo E da RiStBV, que o Ministério Público e a polícia, no limite de suas atribuições legais, recolham por si mesmos as informações ou reúnam as que já possuam a fim de conseguirem algum enfoque para novas investigações, ou seja, que realizem as chamadas investigações iniciais. No que tange à suspeita inicial, essa teria lugar quando, segundo a experiência criminalística, existisse uma possibilidade, ainda que pequena, de que se tenha cometido um fato penal que possa ser objeto de persecução. Inclusive quando houver a existência de uma suspeita inicial, mas essa seja pouco clara, os órgãos de persecução penal poderiam buscar enfoques

69. Kriesel, nota supra, p. 164.

70. Cfr. novamente Albrecht, nota supra, p. 338, que denuncia a falta de investigação empírica, especialmente de avaliação, e reclama apoios.

para novas investigações com a finalidade de seu melhor esclarecimento. Pela especial periculosidade da CO, na suposição de existência de “pontos de partida” em relação a feitos penais devem-se esgotar, em regra geral, as possibilidades de esclarecimento. Não se trata, nessas investigações iniciais, ou seja, nessa luta preventiva contra a delinquência, de persecução reativa em face de uma suspeita inicial no sentido do § 152, II, mas de obtenção ativa de verdadeira suspeita, mediante conjugação de diferentes atos de investigação⁷¹. Aqui, como restou provado em recente estudo de MATTHIAS ARTZT⁷², “fazem um jogo de papéis”: de um lado, com meras suposições criminalísticas; essas já seriam consideradas como primeira fonte para o início do caminho para a configuração de uma suspeita, sem qualquer embasamento na existência de verdadeiros pontos de partida fáticos, no máximo teriam a ver com a confusão entre idéia e realidade⁷³ e, por outro lado, haveria uma suspeita geral ou uma pré-suspeita de que, na verdade, seria como um estado prévio imediato à desejada verdadeira suspeita inicial, e, assim, estaria caracterizada, por se tratar de uma situação incerta de suspeita, mais um indício generalizado⁷⁴. O quadro resultante é claro: a luta preventiva contra a criminalidade se apartou em muito do nebuloso quadro procedimental-penal daquela necessária “suspeita inicial”. De fato, o que se faz é um procedimento de diligências policiais prévias, cuja finalidade principal consiste em “buscar demonstrar” uma suspeita concreta através de suposições criminalísticas de modo totalmente subjetivas⁷⁵. O procedimento de diligências prévias comum, ou seja, aquele previsto no ordenamento processual penal⁷⁶, converte-se em “burla” normativa. As necessidades corretas, a partir de considerações perante um verdadeiro Estado de direito, defronte a uma fase policial de obtenção de suspeitas prévias até chegar à suspeita inicial demonstrada por estudos criminológicos⁷⁷ adquire uma nova qualidade, pois a polícia obtém, de forma verdadeiramente ativa e por ela mesma os pontos básicos da investigação de forma completamente autônoma e, em ocasiões, até faz originar uma delinquência** – através da provocação ao fato⁷⁸ – quando não,

71. Cf. Steinmetz, *Zur Kumulierung strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen*, NStZ 2001, 344 com comentário de BGH NStZ 2001, 386.

72. Artzt, nota supra, p. 108 e segs.

73. *Idem*, p. 122.

74. *Idem*, *ibidem*, p. 132.

75. Cfr. bem como *ibidem*, p. 163; cfr. também Núm. 6. 4. primer guión, Anexo E RiStBV: Objetivo das primeiras investigações ou esclarecimento da suspeita inicial da situação de perigo.

76. Cfr. entre outros Füllkrug, nota supra, p. 194.

* NT (do tradutor e revisor para esta publicação): se diz no Brasil: se passar da mera suspeita para a possibilidade, autorizando o inquérito, para, só depois, havendo uma *probabilidade*, se autorizar o início da ação penal.

77. Cfr. texto de nota supra, p. 194.

** NT (do tradutor e revisor para esta publicação): entre nós tal seria denominado como crime impossível na forma do art. 17 do CP e da Súmula 145 do STF — o chamado flagrante preparado ou provocado.

78. Cfr. fundamentalmente Eschelbach, *Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten*, StV 2000, p. 390 (391) com exemplos de repertório acerca da provocação do fato: forma insistente de influir sobre pessoas especialmente selecionadas, seleção mediante exibição de grandes somas de dinheiro,

inclusive acaba por “produzir” o fato dito delituoso. A atuação policial com estratégias de investigação “em estado prévio” é, por isso, tão pouco transparente como os próprios critérios que dão motivo para se investigar determinados círculos ou grupos de “possíveis” autores de crimes. Já se fala até de uma “volta a um processo inquisitivo feito por uma autoridade secreta sem qualquer forma judicial”⁷⁹. Porém, a questão tem relevância não só a partir de considerações sobre o prisma de um necessário Estado de direito, mas também por razões de efetividade policial na luta contra a criminalidade organizada. Pode-se partir do pressuposto de que os recursos policiais nunca serão suficientes para poder investigar e combater todas as manifestações de criminalidade organizada.

Precisamente por razões de efetividade tudo depende, essencialmente, da correta eleição dos objetivos e objetos da investigação. Finalmente, não se pode deixar de lado a conclusão de que a existência fática de diligências prévias de investigação policial obrigatoriamente leva a uma transformação da essência do procedimento de investigação para um verdadeiro processo de investigação “que está moldado pelo pensamento policial e que com ele, conforme a experiência demonstra, perde enquanto morfologia ou mesmo utilidade judicial e transparência”⁸⁰. Enquanto que a polícia, no limite das investigações em estado prévio, trabalha orientada para obter “uma suspeita inicial”, o Ministério Público examina dita suspeita inicial analisando sua solidez para uma correta ulterior acusação e – em última instância – visando a obter a condenação do acusado ou acusados. À luz da crescente importância do procedimento de investigação como núcleo fático e ponto culminante para o início do processo⁸¹, haverá que constatar ainda, que as diligências prévias de investigação modificam a essência do processo penal em seu conjunto. Estas observações e objeções realizadas a partir de considerações do Estado de direito, só podem ser equilibradas mediante o real estabelecimento de um contra — poder jurídico. Em um procedimento acusatório de investigação ao estilo alemão, este contra-poder só pode ser o Ministério Público. A discussão acerca da organização e coordenação correta da luta preventiva contra a delinquência — como proteção de utilização perigosa da ação policial-preventiva ou mesmo na perseguição penal repressiva⁸² — tem aqui um lugar secundário; a

aproveitamento de situações de necessidade, preparação precisa e direção intensiva da comissão responsável por feitos penais, obtenção de meios para a consumação do fato, assim como a disposição de múltiplas suposições de fato. Criticando como Körner, *Tatprovokation und BiM-Sachen*, 17 Grupo de Trabalho do Comitê Central da Luta contra a Criminalidade relacionada com as Drogas (ZfB), manuscrito ainda não publicado, Frankfurt 1.2.2001. De um caso concreto nos dá notícia von Danwitz, *Anmerkungen zu einem Irrweg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität*, StV 1995, p. 431. A Corte Suprema (BGH NJW 2000, p. 1.123 e segs.) se mantém — em que pesem as críticas da doutrina — na adoção de uma “solução de mediação da pena” e rechaça outras soluções propostas pela doutrina (como o impedimento processual, a proibição de obtenção e utilização de tais elementos viciados e a valoração como meio de prova; referências in *ibidem*, p. 1.124).

79. Köhler, StV (Revista Alemã) 1994, 386 (388); conforme P. A. Albrecht, em nota supra, p. 418. Wick, nota supra, p. 220.

80. Cfr. também Wick, nota supra, p. 220

81. Wolter, *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, 1991, p. 35, 53 e segs.

82. Cfr. a reprovação do atual estado de discussão em Hoppe, nota supra, p. 95 e segs. A favor de uma valoração em função do objetivo da medida, cf. Görger, em nota supra, p. 164 e segs.; Habel,

decisão depende, também, em muitos aspectos, não tanto das melhores razões jurídicas, mas muito da origem e dos interesses particulares de quem deve tomar as decisões ou posturas⁸³. Na prática, trata-se de algo totalmente distinto, de uma questão de poder, a saber: se o Ministério Público, enquanto ao tema central de seus poderes, pode ir além da mera acusação técnica na luta preventiva contra a delinquência, supervisionando pessoalmente os atos de polícia. Como é natural, isso pressupõe que a luta preventiva contra a delinquência se aloque na persecução penal, já que, no caso de proteção “frente a um mero perigo”, como assinala explicitamente o núm. 6 do Anexo E RiStBV, não foi atribuído tal atuar como faculdade/poder de direção ao Ministério Público. A coordenação dentro da persecução penal se fundamenta no sentido de que a luta preventiva contra a criminalidade quanto à obtenção de suspeitas noticiadas sempre constitui também uma previsão uma *conditio* para a posterior persecução penal, ou seja, justificaria sempre uma intervenção repressivo-policial⁸⁴. Isto se confirma, também, através da Lei de Reforma do Processo Penal Alemão de 1999 (*Strafverfahrensänderungsgesetz*, StVÄG), que reconhece como fim – um componente que associa o registro e a conservação preventiva de dados à persecução penal (§§ 483 e segs.)⁸⁵ —, um âmbito de regulamentação, que até

também em nota supra, p. 40. Cfr. também Kunzmann, em nota supra, p. 32 e segs., 91 e segs., parra quem nos resultados acaba por optar (177) por uma ponderação de interesses. Desde uma perspectiva comparada Grote, em: Gleß/Grote/Heine (Eds.), nota supra (tomo 2), p. 563 e segs. – Segundo o Núm. 6. 4. Anexo E RiStBV nas investigações iniciais existem com frequência elementos que podem ser úteis para a persecução penal e para a defesa defronte a perigos em situações complexas, ou ainda se entrelaçam uns e outros no transcurso de um processo de reconhecimento ou de concretização de uma situação investigatória. — Sobre a primeira aparição na jurisdição constitucional de uma medida de luta preventiva contra a delinquência — o teste de identidade do DNA segundo o § 2 da Lei sobre tal teste de Identidade do DNA (*DNA-Identitätsfeststellungsgesetz*) em conjunto com o § 81 g StPO — na persecução penal cfr. Senge NSTZ 2001, p. 331 (*Comentário à sentença do tribunal constitucional alemão*, BVerfG NSTZ 2001, p. 328).

83. Assim, cf. Hoppe, nota supra, págs. 95 e segs., assume em seu trabalho, realizado com assessoria do jurista de direito público von Münch, que, enquanto a prevenção de feitos penais sob a norma jurídico-policia de aquisição de tarefas, as investigações no estado prévio destinadas a prevenção para a investigação de futuros feitos penais seriam, em regra, não permitidas; como resultado final, mas, ao contrário, seriam enquadráveis, enquanto medidas para mera eliminação de um perigo abstrato (*sic*), dentro da defesa policial frente a perigos sociais (p. 169 e segs.). Artzt (nota supra, p. 91 e segs.), por sua parte, diferencia, de forma mais convincente que Hoppe entre um ponto de vista jurídico-policia e um ponto de vista processual. Precisamente sua concepção coloca de forma manifesta que a seleção exclusiva de medidas de direito policial ou de direito procedimental-processual depende do ponto de partida e da origem de quem opina: desde o âmbito do direito policial tende-se a submeter a luta preventiva contra a criminalidade com caráter geral ao direito policial, enquanto que os processualistas penais querem submetê-la, em regra geral, necessariamente à faculdade/poder de de direção material que ostenta a Ministério Público, no direito processual penal.

84. Cfr. Hund, *Polizeiliches Effektivitätsdenken* contra Rechtsstaat, ZRP 1991, p. 463 (465); Artzt, nota supra, p. 95 e segs.; Wolter, nota supra, p. 829; no resultado final, bem como Merten/Merten, nota supra, p. 220; deixa a discussão em aberto Kriesel, nota supra, p. 165.

85. Hilger, *Zum Strafverfahrensrechtsänderungsgesetz 1999* (StVÄG 1999) – 2. Parte, NSTZ 2001, p. 15 (17).

agora estava reservado somente ao direito policial. Evidentemente, não se deve deixar de lado que a fundamentação jurídica realizada não trouxe êxito maior, ao menos enquanto não se reduza o desequilíbrio de recursos que existe entre Ministério Público e polícia. As razões para o reforço do maior peso investigatório da polícia, defendidas manifestamente sobretudo por LILIE, por entender que a polícia possui os melhores recursos pessoais e técnicos, assim como profissionalização técnico-criminalística⁸⁶, acentuam-se ainda mais dentro do âmbito da luta preventiva contra a delinquência porque a polícia é quem possui a soberania nas decisões e sobre os dados obtidos. Soberania na decisão a polícia possui, na medida em que pode decidir quando, onde, e contra quem, irão atuar nas chamadas “investigações estruturais”⁸⁷ (“hoje se ataca o bairro de prostitutas, amanhã, o dos albaneses”). A soberania sobre os dados que estejam em poder da polícia se baseia em que, com o chamado sistema “Inpol” (Sistema de Informação da Polícia), só ela disporia de um banco central de dados para fins investigatórios e o Ministério Público não teria nenhum acesso direto a esse sistema. Também, a crescente internacionalização fortalece a supremacia da polícia, pois essa se manifesta única e preferencialmente, sobretudo ao nível europeu, como fenômeno de policialização carente de instâncias de controle jurídico⁸⁸. Assim, a Polícia Européia (Europol), não só no que diz respeito à proteção jurídica de dados, como também, como regra geral, não está sujeita a nenhum tipo de controle jurídico, pois um Ministério Público europeu, como idealizado e necessário, até essa data, só existe no papel⁸⁹.

5. REFORMAS?

Até agora, as reformas, no que diz respeito à relação entre Ministério Público e polícia, têm tido por meta o descontentamento com “a policialização” de forma superficial no procedimento de investigação e especialmente levando em conta as supostas exigências de uma luta mais eficaz contra a criminalidade organizada na forma de recomendações ministeriais e disposições de nível inferior à lei (regulamentares)⁹⁰. Assim, a princípio, incrementou-se uma tendência ao “policialismo” no sentido de investigações autônomas de polícia no estágio

86. Cfr. Lilie, em nota supra, p. 627 e segs.; bem como Kühne, também em nota supra, número marginal 135; Hellmann, nota supra, § 3 número marginal 4; Roxin, nota supra, p.119.

87. Cfr. sobre este conceito, entre outros, Liskén, nota supra nota, p. 264; Artzt, nota supra, p. 2; Weßlau, *Waffengleichheit mit dem Organisierten Verbrechen*?, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) 1997, p. 238 (241).

88. Cfr. Lilie, nota supra, p. 631 e segs.; Schaefer, nota, p. 196 e segs.

89. Cfr. Nelles, *Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozessrecht für Europa?*, *ZStW* 109 (1997), p. 727 (730).

90. Crítico com a Europol Schaefer, nota supra, p. 197 e segs.; P.A. Albrecht, *Europäische Informalisierung des Strafrechts*, *StV* 2001, p. 69 e segs.; fundamentadamente entre outros Gleß/Grote/Heine (Eds.),

anterior ao processo penal. Com a adaptação do instrumentário processual-penal às necessidades jurídico-policiais mediante a criação de autorizações legais para adotar medidas especiais de investigação destinadas a combater a criminalidade organizada⁹¹, fortalece-se, a posição jurídica do Ministério Público e dos tribunais frente à polícia, pois ditas medidas de investigação – devido à importância e lugar que ocupam no ordenamento processual – integram-se dentro da persecução penal e ficam subordinadas ao controle jurídico do Ministério Público. Também, a recente interpretação restritiva feita pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) do conceito de “perigo na demora”⁹², que desenvolverá seus efeitos para além dos registros domiciliários conforme o art. 13, II, da Constituição Alemã (*Grundgesetz*, GG) e § 105, I, 1⁹³, move-se nesta direção. Contudo – além do já mencionado desequilíbrio de recursos – não se deve desconsiderar que o Ministério Público só pode entrar em ação quando (e se chegam) a seu conhecimento as investigações policiais. No âmbito da luta preventiva contra a delinquência, isso somente ocorre na prática, quando a polícia requer ao Ministério Público o implemento de uma medida coercitiva que não possa decretar por si mesma – ou seja: o que a polícia não pode fazer por si só nem em caso de perigo de demora⁹⁴. Um exemplo de importância prática é o decreto das escutas telefônicas⁹⁵ conforme o § 100 a. A este respeito remetemos o leitor ao estudo de investigações realizado atualmente por Kinzig no Instituto Max Planck⁹⁶. De outro lado, as propostas de reforma que pretendiam melhorar estas anomalias mediante a criação de uma unidade policial própria para o Ministério Público, tendo como base o modelo francês ou badense⁹⁷, fracassaram

nota supra. Sobre o estabelecimento de um “European Public Prosecutor” cfr. Arts. 18 e segs. *Corpus Iuris*, en: Delmas-Marty/Vervaele (Eds.), *The implementation of the Corpus Iuris in the Member States*, Vol. I, 2000, p. 196 e segs.; crítico com o *Corpus Iuris* – podendo se consultar por muitos outros – Weigend, *Spricht Europa mit zwei Zungen?*, StV 2001, p. 63 (65 e segs.) – Sobre “Eurojust” neste contexto Hamm, *Der Einsatz heimlicher Ermittlungsmethoden und der Anspruch auf ein faires Verfahren*, StV 2001, p. 81 (84 e segs.).

91. Cfr. texto nota 53.

* NT do revisor e tradutor para este trabalho: na Alemanha, o promotor tem o poder de decretar cautelares independentemente do juiz.

92. Cfr. Gropp, en: Militello/Arnold/Paoli, nota, p. 334 e segs.

93. BVerfG EuGRZ 2001, 156, Leitsatz 1 b) o ‘perigo na demora’ deve estar fundamentado em feitos referidos ao caso concreto. Meras especulações, estimativas hipotéticas ou presunções independentes do caso ou baseadas unicamente na experiência criminalística cotidiana não são suficientes. A ordenação por parte judicial ha de ser a regra, não a exceção.

94. Ver Amelung, *Die Entscheidung des BVerfG zur “Gefahr im Verzug”* i.S. des Art. 13 II GG, NStZ 2001, 337 (342 f.) estendendo esta decisão a medidas coercitivas da mesma natureza, por ex., a interceptação telefônica segundo §§ 100 b I, 100 d I.

95. Segundo uma primeira impressão desta investigação, ainda não foi confirmada a validade, em questões de criminalidade organizada, se o processo de investigação começa freqüentemente com a solicitação de uma medida especial de investigação, como, por ex., a interceptação telefônica segundo o § 100 a.

96. Cfr. em nota supra, assim como – já adentrando-se no “sistema badense” (NY Baden-região alemã) – Habel, nota supra, p. 80 e segs., 164 e segs., 192 e segs.; sobre a província prusiana do Rin cfr. Collin, v.g. nota nota, p. 205 e segs.

97. Cfr. histórico-juridicamente Collin, nota supra, p. 205 e segs.

sistematicamente na Alemanha, seja por culpa da polícia, seja perante os ministérios do interior⁹⁸. Assim, anteriores defensores desta solução, como por exemplo ROXIN⁹⁹, atualmente se resignam a sustentar que ela é inviável¹⁰⁰. Tampouco a análise fundamental de HABEL em 1982¹⁰¹ acerca das propostas distintas de reformas relativas à relação entre a polícia e Ministério Público teve muita transcendência. Os critérios jurídico-políticos para uma reforma desenvolvidos por este autor merecem, sem embargo, ser levados em conta, pois intentou conjugar, por igual, interesses policiais e Ministério Público, ou seja: as perspectivas de eficácia com as do Estado de direito¹⁰². Sobre tal base, pode se formular, para a atual discussão acerca da reforma, as três diretrizes seguintes: a unidade corporativa da polícia deve se manter tanto no aspecto organizativo como no funcional, como uma polícia judicial com independência jurídico-organizativa e com competências somente repressivas, não sendo recomendável, assim, que a ela se associem perdas de eficiência e conflitos e, ademais, na prática, não se pode separar estritamente as atividades policiais preventivas daquelas repressivas (uma dupla funcionalidade). Ou seja, em todo caso, entraria em consideração uma absorção temporal limitada de determinados funcionários da polícia ao Ministério Público (no sentido do "sistema badense")¹⁰³ e, neste caso, o *parquet* ficaria dotado de poder disciplinar sobre estes funcionários¹⁰⁴. A autoridade acusatória deve participar de forma mais ampla e o mais brevemente possível das investigações para poder exercer sua função de controle sobre a polícia. Portanto, também, e, sobretudo no âmbito da luta preventiva contra a delinqüência, deve ser informada sem demora das medidas de investigação em andamento, ou mesmo com anterioridade, da fixação de pontos prioritários de investigação no chamado estado prévio, e não tão-somente ser lembrada quando a polícia pretenda requerer medidas de cautela ou medidas coercitivas. Especialmente, deve o Ministério Público vir a ter acesso ilimitado a todo o efetivo dos dados policiais¹⁰⁵. Tal inicial participação não só é correta num Estado direito, como também é exigível por razões de eficácia, pois incrementa a qualidade (jurídica) dos resultados da investigação e, a seu próprio interesse,

98. Roxin, nota supra, p. 121; o mesmo, na nota supra 51, § 10, número. marginal. 35, ambos com ulteriores referências bibliográficas; crítico também a respeito Rüping, em nota supra, p. 908.

99. Habel, nota supra, p. 71 e segs., 102 e segs.

100. *Idem*, p. 184 e segs.

101. *Ibidem*, p. 192 e segs.

102. Cfr. Görden, nota supra, p. 168. (NT para esta publicação: Sistema do Estado ou Região de Baden na Alemanha).

103. Cfr. também como Lillie, nota supra, p. 642; Roxin, nota supra, p. 121; Schaefer, nota supra nota, p. 196 e segs.

104. Habel, nota supra, p. 165 e segs., demonstra que no começo do séc. XX no "sistema badense" a taxa de declarações de inocência em relação às acusações era bastante inferior ao caso, por exemplo, da Prússia, onde o Ministério Público exercia um controle menor sobre a polícia dentro do procedimento de investigação. Isto se corresponde com o panorama criminológico que dá notícia Kinzig, em nota supra, p. 211, acerca de que o Ministério Público na consideração de determinados suposições de feitos como pertencentes ou não à criminalidade organizada é, ou assim parece, mais cauteloso que a Chefatura de Polícia de Baden-Württemberg.

105. Cfr. como também em Roxin, supra, p. 121

da acusação, com vistas às maiores probabilidades de condenação¹⁰⁶. O desequilíbrio de recursos entre a polícia e o Ministério Público deve ser eliminado, ou, ao menos, reduzido, mediante uma melhor destinação técnica e pessoal, assim como um reforço ou melhoria na especialização do Ministério Público¹⁰⁷. É evidente que isso, como se comprovou muito cedo em Baden-Württemberg, não será conseguido mediante uma ampliação de pessoal no âmbito do Ministério Público, ou mesmo no âmbito da luta contra a criminalidade organizada unida a uma multiplicação do pessoal policial. Naturalmente, na discussão acerca de ditas propostas de reforma não devem ser deixados de lado os limites estruturais policiais ou gerais da luta contra a criminalidade organizada. Precisamente quando se parte, aderindo-se à política criminal oficial, de um conceito de criminalidade configurado de maneira predominantemente econômica, deve-se tolerar a reprovação de que, com um mero endurecimento do direito penal e com o equipamento (técnico) dos órgãos de persecução penal, não se logra uma aproximação às causas desta criminalidade. Com efeito, deste modo a criminalidade organizada e a polícia logram unicamente – propriamente no sentido da oficialmente, propagada “igualdade de armas”¹⁰⁸ – gerar reciprocamente um escalamento. Isto não é tão só uma verdade evidente, mas que, também, já foi reconhecida na Alemanha pela própria polícia¹⁰⁹. O desenvolvimento de uma política criminal não só repressiva, ou seja, de uma política criminal dirigida para o bem estar e segurança de seres humano, que ao mesmo tempo garanta uma maior efetividade, e corresponda assim às necessidades legítimas de segurança por parte da população, seria um outro tema que não daria tempo de ser desenvolvido neste artigo.

6. CONCLUSÃO

A regulamentação normativa do procedimento de investigação processual alemão se encontra em contradição com a realidade jurídica. O Ministério Público é unicamente o dono e senhor do procedimento de investigação, ou seja, possui a faculdade exclusiva de direção material nos casos da tradicional delinquência grave, como nos delitos capitais e delinquência econômica. Nos demais casos, ou seja, em se tratando de criminalidade menor e média e, especialmente, no âmbito da luta preventiva contra a delinquência para combater a criminalidade organizada, o verdadeiro dono e senhor passou a ser a polícia. A faculdade de direção material do Ministério Público se limita à decretação de determinadas medidas coercitivas ou à decisão acerca da conclusão da investigação. Ao lado

106. Cfr. Südkurier, 16.3.01. Segundo o mesmo, o Ministério Público adquire 20 novas delegações. O Ministro de Interior Schäuble assinalou o fato de que no transcurso do ano de 2000 o número dos funcionários da polícia aumentou de 60 a 400, e o de departamentos especiais de 15 a 27.

107. Cfr. Weßlau, nota supra nota, p. 238 e segs.

108. Cfr. entre outros Liskén, nota supra, p. 270.

109. Schüler Springorum, nota supra 24.

de que isto resulta em um erro tal se dá na prática quando se trata de criminalidade inferior ou média. No âmbito da luta preventiva contra a delinquência, praticamente se desenvolve um aparato policial autônomo que leva a cabo intervenções ou medidas independentes, as quais, potencialmente, poderiam afetar os direitos individuais de qualquer cidadão, de tal maneira que se faz hoje indispensável um controle jurídico-estatal mais eficiente. Um controle deste tipo em um processo acusatório que implica também em investigação ao estilo alemão somente pode ser exercido através do Ministério Público. Isto faz com que seja necessário que a Instituição seja reforçada frente à polícia; um reforço não só normativo, mas fundamentalmente fático.