

O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO E OS ANSEIOS POPULARES

*Luís Wanderley Gazoto**

Sumário: 1. Introdução; 2. O "jus puniendi"; 3. O processo penal; 4. Isonomia e capacidade financeira; 5. O juiz; 6. O Ministério Público; 7. Conclusões.

1. Introdução

Não é nova a afirmação de que o sistema punitivo brasileiro está falido. A sociedade se encontra atordoada e a expectativa é desanimadora. Com o recrudescimento da criminalidade, inicialmente impingiu-se a responsabilidade pela falência do sistema à polícia; agora, já se encontram em fase de desacreditamento todas as demais instituições encarregadas da promoção da política criminal no país, o que, por certo, trará nefastas conseqüências.

Constitui grave erro atribuir-se toda culpa pelo alto índice de criminalidade exclusivamente às instituições que compõem o sistema punitivo — é óbvio que os principais fatores que a fomentam são educacionais e econômicos. Estatísticas revelam que, no ano de 1994, somente 7,36% das pessoas que se encontravam cumprindo pena no Brasil possuíam o segundo grau de escolaridade completo e que 95% dos presos eram originários da classe pobre¹.

Não obstante, como somos incapazes de combater a ignorância e a pobreza, nos últimos tempos, para tentar reduzir a criminalidade (ou para dar uma resposta hipócrita à sociedade), preferimos criar novos tipos penais e aumentar as penas dos antigos, adotando os princípios extremistas do movimento da Lei e da Ordem².

(*) Procurador da República. Vencedor do I Concurso de Monografia do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, categoria profissional.

Como alertara *Beccaria* há mais de dois séculos, “o rigor do suplício não é que previne os delitos com maior segurança, porém a certeza da punição... A perspectiva de um castigo brando, porém inflexível, provocará sempre uma impressão mais forte do que o impreciso medo de um suplício horrendo, em relação ao qual aparece alguma esperança de não punição”³.

Assim, como nada foi mudado além das *leis hediondas* que se seguiram, continuamos a vivenciar momentos de perplexidade e de incomodamento com o refluxo da delinqüência.

Desorganizada, a elite jurídica do país permanece inerte, deixando o exercício da política legislativa criminal ao sabor dos ventos que fluem nos corredores do Congresso Nacional, soprados pelos político-juristas de plantão, para depois, em cantilena, proclamar a falta de técnica das novas leis.

Muitas queixas são ouvidas dos operadores do Direito, dentre elas, a primeira é de que há necessidade urgente de promover uma modificação profunda na legislação processual penal. De fato, existe esta necessidade premente, porém, não podemos permanecer passivos diante da ineficácia das leis antigas, atribuindo-lhes o mesmo significado que nossos antepassados deram a elas quando da sua edição.

Sendo novas ou velhas leis ruins, não importa, a sua constante releitura deve-se constituir em hábito exercitado reiteradamente pelos juristas, pois, derivando de princípios jurídicos informados pelas proteiformes normas culturais, jamais suas letras se cristalizarão em verdade intangível, cabendo ao intérprete revelar-lhes o sentido apropriado para a vida real.

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita.⁴

2. O “*jus puniendi*”

2.1. *A subsidiariedade do Direito Penal*

Dentre os direitos subjetivos, destacam-se em importância aqueles que protegem a vida, a liberdade e o patrimônio. Desde sempre, os grupos sociais estabeleceram mecanismos que entenderam mais adequados à sua defesa, logo percebendo que, sem a sua salvaguarda, não haveria segurança nem progresso social. Daí o surgimento do Direito Penal como meio necessário à defesa social.

A norma jurídica protege e tutela bens e interesses de acordo com o juízo de valor que os legisladores formulam sobre os fatos sociais. Para proteção mais enérgica e eficaz desses valores, alguns dos ataques que lhes são lesivos tomam o aspecto de fatos penalmente ilícitos porque a conduta em que se cristalizam, pela forma com que atingem esses bens, atentam contra as condições vitais da sociedade.

A relevância do bem jurídico e o caráter ilícito da conduta que lhe causa dano descansam, assim, sobre juízos de valor elaborados em razão dos interesses supremos do bem comum, *causa finalis* da comunhão social, pois a atividade punitiva do Estado só se legitima em face das exigências do interesse geral.

Porém, como destaca *Zaffaroni*, o Direito Penal se apresenta como um paradoxo — tutela a liberdade privando alguém da liberdade e garante bens jurídicos com a privação de bens jurídicos⁵; como os bens que tutela são os mais relevantes à sociedade, para melhor garantir a eficácia do sistema de segurança social, as suas sanções são as mais severas, caracterizando-se pela possibilidade de sua conversão em privação de liberdade e, em alguns países, até em privação da própria vida.

A legitimidade da pena somente é alcançada quando esta é empregada como meio último ao combate de condutas que ameaçam a defesa social (princípio da subsidiariedade do Direito Penal). O poder de punir que tem o Estado, embora amplo, não é ilimitado. Ele se prende e se vincula às fontes materiais do Direito Penal, que o ligam, por sua vez, aos interesses superiores de justiça que devem nortear o direito positivo, em harmonia com as concepções sociais dominantes, as chamadas *normas de cultura* que restringem e dão substância à vontade legislativa do Estado⁶.

Infelizmente, podemos citar, na nossa legislação, dezenas de tipos penais que talvez não correspondam aos anseios populares, dentre eles, o adultério (art. 240 do CP), o descaminho (art. 334), a emissão de cheque sem fundos (art. 171), o jogo de azar (Decreto-Lei 9.215/46), a manutenção de casa de prostituição (art. 229), a sedução (art. 217) etc.

A inadequação das leis penais antigas à modernidade e a falta de orientação ideológica da legislação penal brasileira mais recente produzem, simultaneamente, o atordamento do cidadão e o desacreditamento do sistema jurídico, deslegitimando-o. Questionando a justiça da imposição legal, consciente ou inconscientemente, e verificando que ela não corresponde ao seu sentimento, nem das pessoas de seu meio, o cidadão a despreza, passando a agir de acordo com a sua *norma de cultura*.

2.2. Crime e estigmatização

O Direito Penal, mesmo nos países onde predomina a despenalização, é inevitavelmente estigmatizante — não importa que o crime praticado seja de *pequena potencialidade ofensiva*, o tratamento que o infrator recebe é o de *criminoso*:

- não raramente, vêem-se casos de policiais que, para prender um jovem motorista que desobedece à ordem de parada, lhe atiram pelas costas; outras vezes, torturam dependente de drogas para que informe o nome do traficante; reagem a desacato verbal de pessoa embriagada com uso de arma de fogo etc.;
- a própria legislação autoriza que, pelo simples fato de alguém se encontrar em flagrante delito, não importa a sua gravidade, os policiais empreguem força física para efetuar a prisão do agente, o emprego de algemas, a sua condução em *camburão*⁷, e ainda admite a sua detenção, diga-se, prisão, mesmo que momentânea;

- na Administração Pública, para o provimento de seus cargos, exige-se certidão negativa criminal, sem distinção;
- na execução penal, muito embora a lei o proíba (art. 84 da Lei n. 7.210/84), os presos primários cumprem pena juntamente com outros de maior periculosidade, recebendo uns e outros o mesmo tratamento dos agentes penitenciários;
- a sociedade não é menos implacável do que a Administração Pública; aos seus olhos, aquele que já foi preso, nem que tenha sido por alguns minutos e até injustamente, será estigmatizado e sobre si sempre pairarão desconfiças.

Em suma, por mais eufemística que seja a lei penal, mesmo com a adoção de métodos de despenalização e de descarcerização, sempre o seu cliente será tratado como criminoso, genérica e impessoalmente.

2.3. *O movimento renovador brasileiro*

Atualmente, a sociedade nacional, melhor informada pelos meios de comunicação, principalmente pela televisão, está assustada com a incapacidade estatal de tratar com o crime e o criminoso — a polícia se corrompeu, o Judiciário está abarrotado de serviço, as prisões estão superlotadas.

Como desaguadouro natural da corrente de insatisfação social, o Poder Legislativo Federal, sob a batuta do Executivo Federal, que conta com maioria parlamentar no Congresso Nacional, busca soluções à problemática criminal com medidas legais inovadoras, como a recente introdução do procedimento sumaríssimo, a transação e a suspensão do processo para as infrações penais de menor potencialidade ofensiva (Lei n. 9.099/95).

Tais esforços merecem aplausos, entretanto entendemos que o legislador está tentando resolver os problemas de maneira enviesada, ou seja, está idealizando soluções para reduzir a burocracia processual, sem antes reformar a legislação material, que é a verdadeira fomentadora da avalanche de fatos jurídicos que, ao final, se constituem em objetos das ações penais.

Na verdade, estamos vivenciando um momento de *despenalização* de condutas ilícitas sem questionar se estas merecem, de fato, ser criminalizadas.

E é neste momento que não podemos nos esquecer da razão teleológica do poder punitivo estatal, do tipo criminal e da sanção penal. De imediato, salta aos olhos a incongruência da existência de *crimes de pequena potencialidade ofensiva*. Ora, se a atividade punitiva do Estado só se legitima em face das exigências do interesse geral e se somente os comportamentos que produzem grave repercussão social negativa precisam ser punidos com sanção penal, não há por que atribuir tipificação criminal a condutas de pouco potencial ofensivo.

Ademais, a Lei n. 9.099/95, com a conciliação judicial, prevendo que a *composição dos danos civis* acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação nos cri-

mes em que elas são necessárias (art. 74, parágrafo único), oficializou mais uma modalidade de desigualdade entre os cidadãos — o infrator miserável será levado a julgamento, enquanto o abastado, com o mesmo comportamento, livra-se incólume, *comprando* a sua liberdade. Aí, novamente se questiona: se a reprovabilidade da conduta pode ser satisfeita com pecúnia, por que atribuir tipificação criminal a ela?

Desta forma, a corrente que atualmente influencia a elaboração da legislação penal e processual pátria está criando um direito penal novo, sem pcna. Algo ilógico, assim como um direito civil sem indenização.

Com estas críticas, não pretendemos afirmar que as medidas despenalizadoras são inúteis; na verdade, elas são úteis para evitar o encarceramento por curto período, porém, antes de sua edição, dever-se-ia proceder a um inventário dos tipos penais vigentes e a sua reavaliação, admitindo-se-os somente nos casos em que a sanção penal, efetivamente, mereça receber o *status* de única medida capaz de produzir a justa reprimenda ao ato ilícito.

2.4. Crime e interesse da Administração Pública

Recomenda *Cervini* que devem ser descriminalizadas as condutas que podem ser evitadas por fatores exteriores⁷. Nada obstante, observa-se que a tipificação criminal, desviando-se de suas razões finalísticas, tem servido de meio de atenuação à incompetência do Poder Executivo na fiscalização de ilícitos administrativos.

É o que tem ocorrido com a criminalização dos ilícitos tributários — a Administração Pública prefere provocar a criminalização das condutas que lhe são inconvenientes a criar mecanismos aptos a evitá-las.

Por exemplo, verificamos que a legislação tributária não prevê qualquer espécie de controle sobre os gastos dos contribuintes com despesas médicas (como a comunicação das ocorrências imediatamente aos agentes fiscais, de maneira que pudessem apurá-las, por amostragem, prontamente), preferindo criminalizar a falsa declaração destas despesas, nos termos da Lei n. 8.137/90.

Caso similar é o da apresentação de falsa certidão negativa de tributos por empresário para habilitar-se em concorrência pública, perfeitamente evitável se, ao invés de deixar o encargo aos licitantes, a própria Administração Pública solicitasse as informações sobre os concorrentes diretamente às suas repartições.

Ademais, a Administração Pública, obviamente por meio do legislador, avoca a criminalização de condutas que, por seu núcleo, já se caracterizam como crimes, atribuindo-lhes nova configuração, mas admitindo a extinção da punibilidade dos seus infratores pelo cumprimento da obrigação fiscal (art. 34 da Lei n. 9.249/95).

Destarte, o Fisco, com seu comportamento egoísta, ilicitamente, vale-se dos instrumentos do Direito Penal para garantir sua arrecadação, provocando ainda a quebra da parametricidade punitiva de condutas similares, pois o uso de docu-

mento falso perante o fisco, como forma apta à redução ou supressão de tributo, se paga a dívida fiscal, é impunível, enquanto a mesma conduta, porém, com finalidade diversa, é imperdoável e gravemente sancionada.

E pior, com a dita avocação de criminalização de condutas anteriormente enquadradas em tipos já previstos no Código Penal, produz-se o afastamento de toda construção jurisprudencial já realizada sobre o tipo básico, sendo necessária a repetição de todo o esforço à edificação de sua interpretação.

2.5. *Os fins da pena*

Não é nova a discussão sobre a finalidade da sanção penal. A história registra, inicialmente, duas correntes de pensamento, correspondentes aos posicionamentos dos adeptos das Escolas *Clássica e Positiva*.

Para os primeiros (*Beccaria, Rossi, Carrara, Kant, Hegel, Binding*), a pena tem o caráter meramente retributivo, como fustigação do criminoso pela prática de um ato nocivo ao grupo social, constituindo-se em um justo castigo que a sociedade inflige ao culpado, em face da falta que livre e conscientemente promoveu.

Para os últimos (*Lombroso, Romagnosi, Von Liszt*) — que reagiram contra a pena despersonalizada e a iniquidade das sanções aflitivas destituídas de valor intrínseco e humanitário, a pena não é castigo, mas instrumento de defesa social, “a sociedade não pune culpados, reage em benefício da própria conservação, como qualquer outro organismo vivo, contra os ataques às condições normais da sua existência”⁸.

A inovação que a Escola Positiva introduziu nos estudos penais é a consideração do homem, na sua realidade naturalista, posta no centro de toda a construção do Direito Penal.

Modernamente, apresentam-se como correntes de maior ressonância internacional o *neo-retribucionismo*, o *abolicionismo*, o *prevencionismo* e a corrente do *direito penal mínimo*, que, na verdade, são verdadeiros movimentos penais de orientação de todo sistema penal.

Sinteticamente, pode-se dizer que o *neo-retribucionismo* e o *abolicionismo* apresentam posicionamentos radicalmente antagônicos, sendo o primeiro pela busca de maior efetividade do mecanismo punitivo estatal, com a imposição implacável das sanções penais como meio apto à solução da problemática criminal, enquanto o último se arvora exatamente no reconhecimento da ineficácia absoluta de tais meios. Sendo correntes extremistas, os seus fundamentos tanto encontram ferrosos defensores como críticos tenazes.

Se, por um lado, não se pode negar a ineficácia da imposição penal, por outro, não se pode deixar de reconhecer a sua utilidade, ao menos no atual estágio de desenvolvimento cultural da nossa sociedade. Assim, de imediato, rejeitamos a adoção irrestrita das teses radicais, o que não implica sua desconsideração, posto que apresentam alguma lógica prática.

Por sua vez, a corrente da *defesa social* ou *prevencionista* concentra suas forças na necessidade da neutralização das causas político-econômico-sociais fomentadoras da criminalidade e na ressocialização do apenado. Em seus fundamentos, encontram-se as mesmas bases da Escola Positiva, adaptadas à realidade científica atual.

O arquétipo político-criminal incorporado pela nossa legislação realça como fim último da pena a ressocialização do criminoso, adotando, em tese, a base da Teoria da Defesa Social⁹. Na verdade, suas idéias e ideais são perfeitos enquanto abstratamente considerados, porém, se encontram longe da realidade nacional e de qualquer viabilidade prática.

Sob o véu humanista e despido das quimeras do legislador, nosso sistema punitivo é puramente retribucionista, atingindo finalidades prevencionistas somente pela gravidade das sanções e pela iniquidade da forma e ambientação da execução penal, que se constituem em elementos intimidatórios, porém inaptos a qualquer conscientização ou reeducação de apenados.

E é justamente essa falsa aparência humanista que se torna fonte de equívocos e impropriedades da legislação criminal, provocando profundas injustiças no sistema. Infelizmente, desvestindo a hipocrisia legal da realidade, na prática, atualmente, no Brasil, a segregação física do infrator e a prevenção pelo temor são as únicas finalidades atingidas por nosso sistema penal.

Sendo esta a nossa realidade, é a partir dela que devemos promover a seleção de condutas a serem tipificadas. Não devemos achar que conseguiremos reeducação do apenado, que teremos recursos humanos e materiais para tornar as prisões centros de recuperação moral etc. Somente partindo deste pressuposto é que devemos estabelecer os crimes e as penas, sem jamais esquecer que destas decorrerão ao condenado a expiação no sistema penitenciário, a inevitável estigmatização social e outras graves seqüelas.

2.6. *Direito Penal Mínimo*

Por razões político-humanitárias, como se disse, dada a severa ingerência estatal na vida privada decorrente da sua sanção, somente são legítimos os tipos penais que descrevem condutas atentatórias gravemente contra a segurança social. Por afetar bens jurídicos elementares, o Direito Penal não se deve ocupar de condutas que não tenham relevância social¹⁰, sob pena de incorrer em ilegitimidade.

No Brasil, dada a carência de recursos humanos e materiais do serviço público e, especificamente, do Poder Judiciário, não se pode deixar de levar em conta na fixação dos tipos penais a capacidade de apuração e penalização das incidências, pois a incapacidade punitiva estatal gera a quebra da isonomia entre as pessoas, quando, pela prática do mesmo fato, alguns são punidos e outros não.

Lamentavelmente, justo onde os recursos são mais escassos, a inflação legislativa é maior e crescente. Não bastasse a insegurança jurídica, a criação legal é tratada de uma forma absurdamente empírica, sem levar em conta qualquer dado estatístico ou elemento científico capaz de sopesar a capacidade administrativa no tratamento da nossa realidade.

A despeito de nossa nacional e peculiar necessidade de adotar caminhos que conduzam à racionalização das forças do serviço judiciário, é na doutrina alienígena onde vamos encontrar a *Teoria do Direito Penal Mínimo*, capitaneada por *Zaffaroni, Baratta e Cervini* cujos ensinamentos têm influenciado enormemente os penalistas modernos e que, apesar de sua base doutrinária ser humanista e não ter como ponto central a incapacidade punitiva estatal, reflexamente, alivia, com justiça, a sobrecarga do Judiciário.

Neste momento, pedimos vênia para, com prejuízo da originalidade, mas em razão da sua importância, transladar as indicações de *Raúl Cervini*¹¹, que sintetizam as necessidades de descriminalização:

- a) deve ser excluída do sistema penal a criminalidade de bagatela;
- b) devem ser descriminalizadas as condutas que já não sejam indesejáveis (jogos, p. ex.);
- c) devem-se priorizar outras formas de reação (consensual, p. ex.);
- d) não devem ser criminalizados comportamentos danosos mas que transcendem a norma penal;
- e) devem ser descriminalizadas as condutas que expressam um risco assumido (furtos em grandes supermercados, que expõem publicamente seus produtos, por exemplo);
- f) devem ser descriminalizadas as condutas que podem ser evitadas por fatores exteriores;
- g) deve ser descriminalizada a conduta cuja punição é mais perniciosa que a impunidade (p. ex., uso de entorpecente);
- h) a lei penal não deve ser usada com o fim de que o agente atue em seu próprio benefício (jogos, consumo de entorpecentes etc.);
- i) não devem ser criminalizadas as condutas praticadas por certas culturas (mascar folha de coca no Peru, p. ex.);
- j) a lei penal não deve ser utilizada se o sistema não comporta sua aplicação;
- k) devem ficar fora do direito penal as condutas puramente morais;
- l) devem ser descriminalizados os chamados delitos sem vítima.

Adotamos, na íntegra, as indicações de *Cervini*, acreditando que a grande maioria das mazelas do sistema punitivo brasileiro seriam erradicadas, direta ou reflexamente, com a sua observância.

Se o grau de cultura de nossa civilização não permite a abolição radical da criminalização de condutas, por outro lado, é certo, já atingimos um grau de desenvolvimento incompatível com o ordenamento penal vigente, idealizado para a sociedade nacional de 1940, de mentalidade puramente retribucionista, que *encarcerava* os seus problemas, pondo-os longe de sua vista. Agora, é preciso repensar o crime, a pena e as suas conseqüências, para que não tenhamos um país de criminosos e de algozes carrascos.

2.7. *Espécies de penas*

Diz o Código Penal que as penas podem ser de três espécies: privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa (art. 32); que as penas restritivas de direitos são autônomas, substitutivas das penas privativas de liberdade (art. 44) e conversíveis em pena privativa de liberdade (art. 45).

Comparando a natureza das sanções penais com a das sanções civis e administrativas, pode-se concluir e afirmar: *o que distingue aquelas destas é a sua gravidade, pois a sanção criminal admite a possibilidade de imposição de medida que importe em restrição à liberdade individual, enquanto as demais não* (salvo a prisão administrativa de militar, de caráter excepcional). Mesmo a prisão civil, é certo, não se caracteriza como sanção, mas como meio de constrição judicial ao adimplemento de obrigação alimentar ou de devolução de bem deixado em depósito. Por seu lado, as sanções penais implicam restrição à liberdade ou admitem a sua conversibilidade em reclusão e detenção, com a exceção da multa.

Exatamente em razão desta possibilidade de imposição de medida que importe em restrição à liberdade individual, é que não se devem tipificar condutas não tidas como graves, pois, por menor que seja a pena, ela pode resultar em encarceramento do infrator.

A multa penal é a sanção pecuniária apta à penalização de condutas criminais que revelem cobiça ou avidez financeira. O emprego da multa com outra finalidade caracteriza-se como violação ao princípio da instrumentalidade da pena, revelando-se, por sua inadequação e insuficiência, como medida ilegítima.

Entendemos que a multa somente deve ter aplicação se cabível sua cumulação com pena restritiva de liberdade, pois, se a conduta não é grave o bastante para merecer a aplicação de pena restritiva de liberdade, não deve ser criminalizada.

Até recentemente, a multa penal era medida provocadora da quebra de isonomia entre as pessoas, porquanto o apenado pobre era obrigado a esgotar sua força patrimonial, reduzindo sua família à miserabilidade, para não ver a pena pecuniária convertida em detenção (art. 51 do CP).

Com o advento da Lei n. 9.268/96, ocorrendo o trânsito em julgado da sentença que impõe o pagamento de multa, esta transforma-se em dívida de valor, sujeitando-se à legislação civil, não mais se admitindo a sua conversão em pena restritiva de liberdade. Trata-se de inovação prática; porém, faz ressaltar, ainda mais,

que a sanção pecuniária aplicada isoladamente é uma incongruência, pois, ao final de um processo penal, o condenado à multa restará livre, mesmo que não cumpra a pena.

Por sua vez, as penas restritivas de direito são substitutivas das privativas de liberdade, quando inferiores a um ano ou se o crime for culposos (art. 44, inciso I). Entendemos que também não faz sentido a existência de pena restritiva de direito autônoma, pois, se a conduta não merece a aplicação de pena restritiva de liberdade, também não merece ser considerada como crime. Para nós, ela sempre deveria vir cumulada com pena restritiva de liberdade, como efeito da condenação (arts. 91 e 92 do CP), ou como fase da execução penal (art. 33, § 2º, do CP), desde que correlacionadas com o fato criminoso.

A Justiça Penal, tanto por sua falta de especialidade, como por sua característica estigmatizadora, não tem por finalidade a imposição de sanções civis ou administrativas isoladas.

3. O processo penal

3.1. A instrumentalidade do processo

O processo penal é o modo, ou antes, os diversos modos pelos quais a lei regula o andamento das ações criminais e, juntamente, os atos da justiça, no juízo criminal, com o fim de descobrimento da verdade real.¹²

Na qualidade de instrumento de serviço público, o processo deve ser regido pelos fundamentos inerentes a este, especialmente pelos princípios da eficiência e da economia. Por outro lado, dada a grave afetação da liberdade individual que dele pode redundar, por questão humanitária, deve garantir, na sua plenitude, o princípio constitucional da ampla defesa ao acusado.

O processo penal é uma atividade estatal que, como todas as demais, não encontra a sua finalidade em si mesmo, atingindo sua razão teleológica na utilidade pública que tem.

Calçados na ausência de previsão legal, renomados juristas têm colaborado com a estagnação do processo penal, negando validade a qualquer inovação que não se enquadre nos lindes dos parágrafos do Código de Processo Penal, ignorando, assim, as suas próprias letras, pois o seu art. 3º dispõe que *a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito*.

Na verdade, o processo penal, com a vazão do art. 3º, admite todas as formas jurídicas que não contrariem as suas disposições, os seus princípios e, obviamente, os princípios maiores da Constituição Federal, cabendo ao seu aplicador atribuir às suas normas o significado que melhor atenda aos princípios da eficiência e economia, sem descuidar das garantias individuais dos acusados.

3.2. Aplicação subsidiária do CPC

Embora se encontre na jurisprudência constância do emprego subsidiário do CPC no processo penal¹³, não raras vezes seus aplicadores negam tal possibilidade, cegamente, sem sequer questionar as suas razões.

Assim, tem-se negado validade ao reconhecimento da ausência de interesse de agir no caso de ocorrência da prescrição em perspectiva (art. 267, inciso VI, do CPC), à possibilidade de o Ministério Público desistir da ação (art. 267, inciso VIII, do CPC), ao julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC) etc.

Todas essas formas de extinção do processo, como adiante se defenderá, são cabíveis também no processo penal, uma vez que não contrariam as disposições e princípios do CPP e da Constituição Federal.

3.3. Prescrição antecipada

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base na pena em perspectiva tem sido veementemente rejeitada pela jurisprudência, sendo raros os julgados que a admitem, como o acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo contido nos autos 589.413-0, de 12/03/90, citado por Ada Pellegrini Grinover e outros¹⁴. Entretanto, temo-la como medida salutar, desde que não haja qualquer possibilidade prática de a prescrição ser evitada.

Imagine-se a situação de um réu, primário, de bons antecedentes e confesso, denunciado pela prática do crime de violação de segredo profissional (art. 154 do CP), cuja pena pode ser fixada entre 3 meses e 1 ano de detenção; nos termos do art. 109, inciso V, do CP, regulando-se pela pena máxima *in abstracto*, a prescrição somente poderia ser declarada depois de decorridos quatro anos da data do recebimento da denúncia; entretanto, se, por exemplo, a denúncia tiver sido recebida há três anos, não haverá qualquer possibilidade jurídica de o réu não ser beneficiado, no futuro, com a decretação da prescrição retroativa, pois, não havendo qualquer circunstância judicial que justifique a imposição de pena maior que a mínima (art. 59 do CP), além da ocorrência da circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, *d*, do CP), ela será inevitável.

Exemplos como o mencionado não são extraordinários; ao contrário, infrequente é a imposição de sanção penal no máximo legal. Obviamente que, diante de um caso similar, não se justifica o prosseguimento do processo até seu termo — nisso todos concordam. Todavia, apesar de muitos ficarem *sensibilizados* com a ineficácia deste processo, dizem que não há previsão legal para a sua extinção e prosseguem até o seu regular final, aí sim, com o enquadramento perfeito num dos incisos do art. 386 do CPP, em evidente desperdício do serviço judiciário, como se não houvesse serviço útil por fazer.

Não existindo qualquer probabilidade de se alcançar utilidade prática com o término do processo, não faz sentido o seu prosseguimento. Se o processo penal é

meio e não fim do Direito, devemos adotar todos os mecanismos jurídicos aptos a dar-lhe sentido e eficácia, afinal não é uma monstruosidade que, depois de criada, se torne indomável, como uma espécie de Frankenstein. Neste caso, pela perda superveniente do interesse processual, perfeitamente lógica é a sua extinção, fundada no art. 267, inciso VI, do CPC.

3.4. *Desistência da ação*

A atuação do Ministério Público no processo penal é dúplice — como *dominus litis* e, simultaneamente, como *custos legis*. Por tal razão, além de ser órgão acusador, o membro do MP tem legitimidade e, se for o caso, o dever de recorrer em favor do réu, requerer-lhe benefícios etc. Por isso, o MP não se enquadra como *parte* no processo penal, constituindo-se apenas como órgão constitucional encarregado de expor fatos criminais e representar o interesse social na sua apuração e, se cabível, na responsabilização penal do seu autor.

Por um lado, dispõe o Código de Processo Penal que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal (art. 42) e, por outro, estabelece o mesmo diploma legal que o Ministério Público promoverá e fiscalizará a execução da lei (art. 257).

Diante de tais misteres, em face da constatação de fato material ou processual a justificar o abortamento da ação penal que motivou, o Ministério Público não se poderá quedar inerte. Se a lei lhe atribuiu a incumbência de *custos legis*, certamente lhe deve também atribuir instrumentos para o seu exercício. Daí se pergunta — verificando que não há justa causa para o prosseguimento da ação penal, como deve atuar o promotor ou procurador?

Em face da aparente contradição entre a conduta do membro do MP que, como autor, não pode desistir da ação penal e, ao mesmo tempo, como fiscal da lei, não pode concordar com o prosseguimento de uma ação inviável juridicamente, a única inteligência que entendemos ser cabível quanto ao princípio da obrigatoriedade da ação penal é a de que o Ministério Público não poderá desistir da ação *se reconhecer que ela é viável*, ou seja, *se houver justa causa para a sua promoção*.

Ocorrendo o inverso, isto é, reconhecendo o promotor que a ação é injusta, tem o *dever de requerer a sua desistência*, com aplicação subsidiária do art. 267, VIII, do Código de Processo Civil, sob pena de estar aquiescendo com a existência de uma ação penal injusta e de estar promovendo o desperdício dos esforços e serviços do Judiciário.

No caso, os efeitos da extinção do processo decorrente da desistência da ação serão os típicos de processo encerrado por falta de justa causa (art. 43, inciso III, do CPP), somente se admitindo a renovação da denúncia com base em novas provas, nos termos da Súmula n. 524 do STF.

3.5. *Julgamento antecipado da lide*

Com aplicação daquilo que já foi dito em torno da finalidade pública do processo penal, não temos como negar a possibilidade da aplicação subsidiária do CPC quanto ao julgamento antecipado da lide.

O prejuízo que o abreviamento da ação penal pode provocar é a obliteração do direito de produção de provas do Ministério Público ou da defesa; estando convencido o juiz da desnecessidade do prosseguimento do processo, deve decretar-lhe a extinção, em qualquer fase.

O pressuposto fundamental para o julgamento antecipado da lide é o convencimento judicial de que o processo já atingiu o seu escopo, ou seja, que a verdade real já foi encontrada.

A partir da existência do referido pressuposto, o emprego do julgamento antecipado poderá ocorrer em duas hipóteses básicas:

- quando os sujeitos processuais forem uníssomos em dispensar a instrução processual; ou
- quando houver abuso do direito de ação ou de defesa.

No primeiro caso, quando todos concordarem com a desnecessidade do prosseguimento do processo, e isto somente pode dar-se com o consentimento expresso do membro do MP, do acusado e de seu defensor, o encerramento sumário da ação penal constituir-se-á em nulidade relativa autoconvalidável, considerando-se a sanada pela aquiescência dos sujeitos processuais (combinação dos arts. 564 e 572, inciso III, do CPP).

No segundo caso, o juiz estará atuando como diretor e corregedor do processo e, ao abortar o abuso de direito, nada faz além de declarar a ausência de direito do prevaricador, que está tentando levar a ação à prescrição ou quer provar fato que já está provado ou que não se constitui em ponto controverso. Também não se constituindo em nulidade absoluta, sendo corretas as razões judiciais que fundamentarem a decisão, não se aplicam as disposições dos arts. 563 e 566 do CPP, segundo as quais não será declarada a nulidade de ato processual de que não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, ou que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

3.6. *Processo e organização cartorária*

Atualmente, o trabalho na grande maioria das varas criminais é realizado sem qualquer metodologia. Os ilícitos não recebem tratamento adequado, confundindo-se, num mesmo estamento, grandes e pequenas lesões a direitos. Em meio aos milhares de ações para punir-se infrações de pequena lesividade, tramitam algumas poucas ações para apurar a responsabilidade de perigosos delinqüentes; porém,

muitas destas perdem-se em meio ao tempo, culminando com o reconhecimento da prescrição retroativa e de que alguma coisa está errada

Pessoas do povo, as mais desconfiadas e desinformadas, podem pensar que existe uma enorme conspiração, onde todos os delegados de polícia, advogados, membros do Ministério Público e magistrados tramam a balbúrdia para produzir a impunidade de uns dissimulada na punição de outros — todos mancomunados contra o povo. Quem pertence ao sistema sabe que não existe este conluio universal e que a grande maioria das pessoas que nele oficiam são de bom coração, têm boa intenção e até são diligentes.

Mas, se no aparato judiciário reinam as virtudes, o que nos falta? Particularmente, pensamos que nos escasseia iniciativa e organização na busca de mecanismos legais adequados à nossa realidade e, enquanto estes não vêm à luz, falece-nos coragem para assumir posições inovadoras, revolvendo os princípios constitucionais na garimpagem de sua essência e lógica finalista.

A solução para o descontrole cartorário não é somente uma questão de aporte de recursos materiais, muito se pode fazer para desobstruir o canal judiciário sem gastos, bastando que haja boa vontade e abertura de visão de todos.

Medida de necessidade urgente é a fixação de critérios de prioridade de trabalho nas varas judiciárias — com o número extremamente elevado de ações, nenhum juiz é capaz de controlar o desenvolvimento processual de cada uma delas; destarte, abre-se uma brecha para a corrupção de funcionários subalternos, que podem estabelecer um trânsito processual mais rápido ou mais lento, de acordo com os interesses de sua clientela.

Da parte dos magistrados, vê-se que têm aversão a autos processuais volumosos, que, porém, normalmente, são resultado de apuração de crimes mais graves e os que deveriam merecer prioridade nas pautas.

Para evitar o tráfico de influência nos cartórios e a imobilidade de autos em suas prateleiras, faz-se necessário o estabelecimento de critérios legais de prioridade de trâmite processual, estabelecendo-se uma seqüência, por exemplo: *habeas corpus*, representações pela prisão preventiva e outras diligências, mandados de segurança, processos com réu preso, crimes contra a vida, crimes contra a Administração Pública, ações cujo crime seja apenado com sanções mais graves etc.

Além disso, dentro dos graus de prioridade, deve ser observada, rigorosamente, a ordem cronológica de movimentação dos autos.

3.7. Princípio da insignificância

Por afetar bens jurídicos elementares, o Direito Penal não se deve ocupar de condutas que não tenham relevância social, sob pena de incorrer em ilegitimidade. Dado esse caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, a imposição penal somente se justifica diante das condutas de maior gravidade ofensiva.

Em razão da inevitável abstração da lei penal, o legislador não é capaz de estabelecer seus exatos lindes de aplicação; a busca dos limites dessa zona de transição certamente conduziria a alterações constantes no seu texto ou a uma extensão infinita, o que é inviável em uma organização social que busca a estabilidade legislativa e em que o processo de elaboração de leis é lento e custoso.

Deste modo, no processo de avaliação do significado e extensão da norma penal, considerando seu caráter subsidiário, o intérprete deve negar-lhe aplicação às condutas que, embora aparentemente se enquadrem em um tipo penal, são insignificantes no universo jurídico-criminal e, portanto, refogem ao conteúdo do crime *in abstracto*.

A teoria do *princípio da insignificância* não é novidade jurídica, sendo creditada sua idealização a *Claus Roxin*. No Brasil, *Francisco de Assis Toledo* foi um dos responsáveis por sua disseminação, sendo constantemente lembrados seus *Princípios Básicos de Direito Penal*, onde assim se expressa:

“Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas. Assim, no sistema penal brasileiro, por exemplo, o dano do art. 163 do Código Penal não deve ser qualquer lesão à coisa alheia, mas sim aquela que possa representar alguma significação para o proprietário da coisa; o descaminho do art. 334, § 1º, *d*, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor induza lesão tributária, de certa expressão, para o fisco...”¹⁵

Especialmente em nosso país, onde a carência de recursos humanos e materiais do aparato judiciário é cada vez maior, a significância das condutas também deve ser avaliada baseando-se na capacidade estatal de repressão aos crimes.

Finalmente, ressalte-se que o conteúdo da insignificância é fluido e etéreo, variando de acordo com o momento econômico, ético e político, sendo atribuição dos operadores do Direito aferi-lo.

3.8. Crimes que provocam o clamor público

A busca da Justiça ideal não é consentânea ao açodamento e à paixão, mas, se um dos pilares do Direito Penal é o caráter preventivo, um dos momentos mais adequados que se apresentam para o atingimento de seus fins é aquele em que a prática de um crime provoca a comoção social. É justamente neste momento que a resposta estatal deve ser pronta e eficaz, sob pena de provocar o desacreditamento e seus nefastos corolários.

Pululam no Brasil casos de crimes que tiveram grave repercussão nacional e até internacional, que se arrastam por vários anos no Judiciário, com pouca ou nenhuma resposta judicial aos criminosos. É óbvio que não é a imprensa que deve estabelecer os casos de julgamento prioritário, mas, se o fato teve repercussão pública, deve, oficialmente, merecer tratamento prioritário.

Sem dúvida, o clamor público é fato social que não pode ser desconsiderado pela Justiça, tanto que, na legislação processual penal, constitui-se uma das causas justificadoras da decretação de prisão preventiva do acusado (art. 312 do CPP).

3.9. *Súmula vinculante*

A criação da súmula vinculante no sistema jurídico brasileiro é tema atual, que vem sendo debatido apaixonadamente por seus defensores e opositores. Como pontos positivos, destacam-se a utilidade da súmula, que viria a atingir todas as ações cujo objeto se enquadrasse no paradigma sumulado, reduzindo o número de processos, e a uniformidade de tratamento que os casos similares teriam. Por outro lado, a obrigatoriedade da aplicação da súmula implicaria redução da independência do juiz, que, mesmo discordando do entendimento jurisprudencial sumulado, teria por obrigação aplicá-lo, provocando, destarte, um *engessamento* do Direito.

Coerentemente com nosso entendimento anterior, com a adoção do princípio da finalidade e utilidade do serviço público, entendemos que, diante da situação administrativo-judicial caótica da atualidade, a súmula vinculante é por demais necessária.

Na prática, verifica-se que dificilmente os juízes rejeitam a aplicação da súmula dos tribunais, sendo raríssimos os julgados que a afrontam. Além disso, se o julgado de primeira instância contraria a súmula vigente, por certo acaba sendo objeto de recurso e tendo seus efeitos anulados, em decorrência de revisão da decisão.

Vale ressaltar que a existência de decisões contraditórias incidentes sobre fatos jurídicos idênticos provoca a quebra da isonomia entre os indivíduos, além do descrédito do próprio Judiciário.

Quanto à soberania dos magistrados, ela não pode ser encarada como uma dádiva individual, mas sim dentro do contexto institucional. Logo, a aplicação da súmula em vigor seria a expressão máxima da soberania da magistratura.

Obviamente, para que a súmula dos tribunais tenha a eficácia que se espera, será necessária a fixação de critérios adequados para sua edição, como a competência material, número mínimo de julgados análogos, fixação de *quorum* para aprovação, além dos instrumentos adequados à sua revisão.

4. Isonomia e capacidade financeira

4.1. A penalização seletiva

Parte da descrença popular no sistema judiciário criminal deve-se ao fato de acreditar-se que a lei penal somente se aplica aos pobres, que os ricos, de uma maneira ou outra, acabam permanecendo imunes à sanção penal, principalmente porque *compram* a impunidade das autoridades públicas.

Conforme se disse anteriormente, o último censo penitenciário publicado pelo Ministério da Justiça conclui que 95% da população carcerária nacional tem origem na classe social mais carente¹⁶.

Apesar de a pobreza de espírito e de os desvios de personalidade não serem inerentes à carência material, em muitos casos, esta conduz àquela, como reflexo do instinto de sobrevivência de boa parte dos delinquentes. Aliás, o referido censo penitenciário também informa que 65% dos apenados no Brasil foram condenados pela prática de crime contra o patrimônio e tráfico de entorpecentes.

Na verdade, todos sabemos que a pobreza é campo fértil para o fomento da criminalidade, gerando um ciclo vicioso interminável. É fácil perceber que um filho de pais analfabetos, bêbados e miseráveis, provavelmente, se não houver interferência da comunidade ou do Estado, enveredará pelo crime e, mais cedo ou mais tarde, engrossará as fileiras dos presídios. Depois o seu filho...

Jamais devemos deixar de ter em vista a enorme dívida social que o Brasil tem para com as comunidades carentes, pois estas são constituídas, em sua maioria, de gentes cujos antepassados foram explorados na construção deste País até a depleção de suas forças, como os negros, os índios, os mestiços etc. Enquanto a sociedade brasileira não remir esta dívida, não conseguirá seu desenvolvimento.

4.2. A capacidade financeira e os benefícios processuais

Apesar disso, nas poucas passagens em que a legislação penal brasileira tem em consideração a circunstância de carência do agente, a jurisprudência restringe a sua significância, atribuindo-lhe valor jurídico somente em casos mais extremos. É o que se dá com a causa de exclusão de crime do *estado de necessidade* (art. 24 do CP), que, para muitos, para se caracterizar, é necessário que o indivíduo necessitado se situe exatamente na linha divisória situada entre a vida e a morte (RT 628/360, 518/377, 684/329 etc.).

Por outro lado, nossa legislação penal e processual apresenta vários benefícios capazes de melhorar a situação processual do agente que tem disponibilidade financeira, como, por exemplo:

- a concessão de liberdade provisória mediante pagamento de fiança (art. 325 do CPP);

- o reconhecimento de circunstância atenuante à pena, em caso de reparação do dano (art. 65, inciso III, alínea *b*, do CP);
- a concessão de *sursis* especial em caso de reparação de dano (art. 78, § 2º, do CP);
- a concessão de liberdade condicional em caso de reparação de dano (art. 83, inciso IV, do CP);
- a concessão de reabilitação em caso de reparação de dano (art. 94, inciso III, do CP);
- o pagamento de multa (art. 49 do CP) e multa substitutiva (art. 60, § 2º, do CP);
- a composição dos danos civis nas ações penais de iniciativa privativa ou pública condicionada a representação, enquadráveis na Lei n. 9.099/95, acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação;
- a despenalização da conduta, em caso de ressarcimento do prejuízo anterior ao recebimento da denúncia na emissão de cheque sem fundos (Súmula 554/STF).

Não infirma o alegado o fato de que a maioria dos benefícios acima citados também podem ser concedidos àqueles que comprovem não ter condição de ressarcir o dano, pois, neste caso, primeiro o acusado pobre é obrigado a esgotar sua força patrimonial, reduzindo sua família à miserabilidade, para, depois, dele se beneficiar; diferentemente, o acusado abastado pouco afetará seu patrimônio com o desembolso que se fizer necessário.

4.3. *A extinção de punibilidade nas Leis n. 9.249/95 e 8.212/91*

Caso especial, que merece destaque, é a despenalização da conduta na prática de crimes tributários das Leis n. 4.729/65 e 8.137/90 em caso de ressarcimento do prejuízo em tempo anterior ao do recebimento da denúncia. Efetivamente, assim dispõe a Lei n. 9.249/95:

“Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

Revitalizando antigas disposições da Lei n. 4.729/65 (art. 2º) e da Lei n. 8.137/90 (art. 14), de há muito combatidas e que haviam sido revogadas pela Lei n. 8.383/91, dispõe a lei nova que o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia faz extinguir a punibilidade do agente.

A criminalização dos ilícitos tributários tem como escopo a moralização da conduta dos contribuintes e agentes fiscais nas diversas fases do procedimento fiscal. É indiscutível a valia da ameaça de sanção penal como instrumento de intimidação do contribuinte fraudador, que não se apresenta como simples devedor, mas verdadeiramente como um estelionatário.

Consentaneamente ao princípio constitucional de que ninguém pode ser preso por falta de pagamento de dívida (CF, art. 5º, inc. LXVII), a norma não penaliza a falta de pagamento de tributo, mas o emprego de alguns meios suficientes à promoção do erro ou desinformação da administração fiscal, mediante ação ou omissão tendentes à supressão, redução ou apropriação do valor de tributo, ou seja, à sonegação fiscal.

A dívida tributária é preexistente à fraude — esta não imprime qualquer modificação patrimonial do Tesouro Público; *ipso facto*, o crime tributário não se classifica como “crime contra o patrimônio”, tendo por objeto jurídico imediato a boa-fé e a colaboração na relação jurídico-tributária, enquanto que só reflexamente salvaguarda o interesse de arrecadação fiscal.

Quando o Código Penal prevê casos de extinção de punibilidade por superveniência de fatos que digam respeito à conduta do agente ou da vítima (art. 107, incisos V a VIII), evidencia a existência do reconhecimento legal de que a lesão do objeto jurídico do crime foi minimizada, tornando desnecessária a sanção penal; destaque-se, porém, que, em todos os casos, os lenitivos que fazem abrandar as seqüelas dos crimes sempre apresentam correlação com o bem jurídico tutelado: honra/retratação da calúnia, moral/casamento da vítima seduzida etc.

A extinção da punibilidade do crime como decorrência do pagamento de tributo, tal como a que está sob comento, tipifica grave desvio finalístico do beneplácito, pois, despenalizando a prática da fraude em razão do pagamento do tributo, põe em evidência que ou não existe correlação entre o objeto jurídico lesado e a causa extintiva de punibilidade — boa-fé da Administração/pagamento do tributo — ou, na verdade, a conduta recriminável não é a fraude, mas o não-pagamento de dívida, o que é vedado por norma constitucional (art. 5º, inc. LXVII).

Por questão de economia legislativa, para salvar o tipo penal da decretação de inconstitucionalidade, não resta outra opção que não a primeira, ou seja, reconhecer que a ressuscitada causa extintiva de punibilidade é uma deformidade jurídica.

Parece que, assim, a tipificação dos delitos tributários em nada atemorizará o infrator, já que, se a fraude for detectada, terá tempo para evitar a punibilidade da conduta, quitando o tributo.

Em suma, o condicionamento da extinção da punibilidade de conduta criminal ao pagamento de dívida é imoral — a cobrança de tributos no juízo criminal não corresponde às razões finalísticas do Direito Penal moderno e justo. E, pior, caracteriza-se como mais um instituto jurídico-penal que promove a distinção da pessoa em razão da sua potência patrimonial.

Em que pese à impropriedade da modalidade de extinção de punibilidade dos crimes tributários proporcionada pela Lei n. 9.249/95 e a expressa previsão de que ela se aplica aos crimes definidos nas Leis n. 4.729/65 e 8.137/90, recentemente, aplicando a analogia *in bonam parte*, o STF estendeu seus efeitos aos crimes praticados por empresários que se apropriaram indebitamente de contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados, *verbis*: “se a conduta tipificada no art. 95, *d*, da Lei n. 8.212/91 coincide essencialmente com a descrita no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, tem-se como aplicável a réu processado com fundamento no primeiro dispositivo o benefício previsto no art. 34 da Lei n. 9.249/95.” (HC n. 73.418/RS, Rel. Min. Carlos Velloso)

Desta forma, adotando-se esta fundamentação, poder-se-ia asseverar que os crimes de descaminho também são enquadráveis na novidade legal.

Não se questiona a justiça da decisão do STF, porém, é evidente que o legislador não previu esta extensão a tão largos limites. Toda essa liberalidade legal, como se disse, é justa, entretanto, o seu relato, no momento, serve apenas para o confronto com a situação de outras pessoas, que, apesar de terem praticado conduta cujo desvalor é menor do que o da ação dos sonzoadores de impostos, não recebem qualquer complacência legislativa.

Veja-se a situação de idosos, ex-trabalhadores rurais, que foram denunciados pela prática de crime porque mentiram aos agentes previdenciários. Trata-se de pessoas que, somente no Estado do Mato Grosso do Sul, somam centenas¹⁷, as quais, para se beneficiarem de uma mísera aposentadoria especial estabelecida no art. 143, inciso II, da Lei n. 8.213/91, declararam falsamente à Previdência Social que tiveram atividade rural nos cinco anos anteriores à data do seu requerimento.

Não se consegue entender a exigência legal de que, para fazer jus ao benefício, o idoso deve estar ativo nos últimos cinco anos, deixando de fora justamente quem se encontra em piores condições. Na verdade, a esmagadora maioria destas pobres pessoas trabalharam por mais de quarenta anos na atividade rural, porém, já estavam inativas há mais de cinco anos, sem direito a este ou qualquer outro benefício previdenciário.

Mesmo assim, impiedosamente, tais pessoas, que dedicaram sua vida ao trabalho rural, produzindo alimentos e construindo este País, além de se encontrarem na situação de excluídas da Previdência Social, ainda foram denunciadas pela prática do crime descrito também na Lei n. 8.212/91 (art. 95, alínea *j*) e hoje são tratados como estelionatários.

Fazendo-se o cotejo do mérito da conduta dos idosos com a dos empresários e com a dos contribuintes, que descontam as contribuições previdenciárias dos seus empregados e delas se apropriam, e dos outros, que simulam gastos com saúde, percebe-se, com clareza, que, ontologicamente, aquela não é a mais grave do que estas. Entretanto, enquanto os empresários e os contribuintes do imposto de renda, quitando sua dívida, livram-se impunes da acusação, aos primeiros remanescem os rigores do sistema punitivo.

Não foi graciosa a inovação da Lei n. 9.249/95 em favor dos sonegadores, foi resultado de um *lobby* de milhares de contribuintes do imposto de renda (classe média e alta) que esbarraram na Justiça e que se encontravam na iminência de ser condenados. Também não foi por mera eventualidade que o STF estendeu seus efeitos ao peculato praticado por empresários contra a Previdência, foi por obra de um bom advogado que soube como submeter a questão à Suprema Corte.

Aí se pergunta: os idosos ex-trabalhadores rurais poderão influenciar o Congresso Nacional? Serão bem defendidos no Judiciário?

5. O juiz

5.1. O juiz e o processo penal

Versando a ação penal pública matéria de conteúdo duplamente indisponível — o *status libertatis versus o jus puniendi* —, a posição do juiz na relação jurídica processual penal, diferentemente daquela do processo civil, é dinâmica, sendo-lhe permitida toda iniciativa que entender necessária à busca da verdade real.

Com o aumento vertiginoso do número de ações nas varas judiciárias, mais que julgador, o juiz deve ser um administrador do serviço judiciário, evitando qualquer esforço inútil.

Porém, não é na forma administrativo-processual que se encontra o pecado capital do juiz, mas sim no reducionismo do Direito e do justo à lei formal — a velha e cômoda posição em afirmar que a legitimidade geral do sistema penal não é um problema de sua incumbência, que está reduzida unicamente à resolução dos casos concretos de acordo com as pautas legais que regem o conflito particular.¹⁸

Tem-se observado nos juizes um relativo temor à modernização do Direito Penal; tímidos, para não correr o risco de sua decisão ser submetida a recursos, muitos preferem encurtar o caminho do raciocínio, adotando a subserviência ao anacronismo das coisas estabelecidas, com o excessivo apego às letras legais.

Trata-se de uma convicção vazia de todo conteúdo ético, ultrapassada nos nossos dias. O juiz já não pode cumprir seu papel espelhado na imagem do burocrata hierarquicamente subordinado e sempre obediente, aplicando mecanicamente a lei, sem questionar nunca o aspecto ético da sua profissão, nos termos e limites do ordenamento jurídico considerado globalmente.¹⁹

Obviamente, não estamos defendendo o abandono do conhecimento jurídico adquirido por nossa cultura ao longo dos tempos; esta posição seria incompatível com a adoção da súmula vinculante, que defendemos há pouco; apenas estamos tentando destacar que sempre haverá o que progredir na jurisprudência, mormente em nosso país, onde se tem uma Constituição Federal moderna e um Código de Processo Penal quase sexagenário, que, por certo, precisa ser repensado sob as novas bases impostas por aquela.

Diante de uma novidade jurídica, como, por exemplo, as recentes inovações promovidas pela Lei n. 9.099/95, logo a jurisprudência é solicitada a esclarecer suas letras obscuras e definir-lhe a extensão. Infelizmente, neste momento, mais do que nunca, se percebe a falta de iniciativa de alguns magistrados, que simplesmente se negam a decidir até que o entendimento tenha sido firmado nos tribunais. Por aí se nota que os valores estão invertidos, pois os julgados de primeira instância é que fomentam e provocam a discussão nos tribunais e não o inverso.

Por outro lado, é preciso valorizar o julgado de primeiro grau, preservando seus efeitos tanto quanto possível. Se sua matéria de mérito for fundamentada em questão de fato, somente deve ser reformado em casos extremos, quando, claramente, se vê que não houve justiça. Caso contrário, simplesmente se substituiria a decisão do juiz pela do tribunal, o que provocaria uma caudal de recursos, inundando os tribunais de processos, tornando o juiz *a quo* uma inutilidade e revogando o princípio da identidade física do juiz, que, apesar de não haver previsão legal de sua obrigatoriedade no processo penal, tem-se como recomendável sua observância.

5.2. A hierarquização da magistratura nacional

A lei não prevê e o sistema não permite a hierarquização dos cargos da magistratura nacional, entretanto, extra-oficialmente, ela existe. Evidencia-se no comportamento dos magistrados mais novos a existência de um enorme temor reverencial pelos mais velhos. E, pior, a maioria destes aprecia esta reverência e bajulação, quando não a exige. Todos sabem, não se trata de respeito.

Afirma-se que os juízes possuem garantias constitucionais que os imunizam contra o poder seja lá de quem for, porém, é fácil notar que, desde logo, são submetidos ao jugo do poder administrativo dos tribunais. Verifica-se esse nefando poder nas remoções, promoções, autorizações para realizar cursos em outros Estados e Países e em todas as demais movimentações administrativas inevitáveis a qualquer magistrado, as quais deveriam ter critérios objetivos rigorosamente normatizados, mas que, adrede, não são regulamentadas, apesar de, às vezes, a própria lei assim o determinar (LOMAN, art. 80, § 1º, inciso II). Infelizmente, estas ingerências têm ocorrido tanto na Justiça Federal quanto nas Justiças Estaduais.

Se essa hierarquização informal alenta e acaricia o ego de alguns, não atende ao interesse público, pois, ao final, o simples temor reverencial acaba refletindo negativamente na atuação jurisdicional — por seu intermédio, castra-se a independência intelectual do magistrado, dirigindo-se suas decisões e, pior, às vezes, também se castra o seu senso moral, quando lhe é solicitada atenção a *casos especiais*, de interesse particular, rogando-se presteza e preferência.

De qualquer maneira, a submissão hierárquica dos magistrados, mesmo na sua forma mais branda e sutil, é maléfica ao sistema, pois o burocratiza desnecessariamente e restringe o fórum de debates da magistratura a uma pequena casta, ou seja, a dos tribunais.

5.3. *A morosidade judicial*

É quase incompreensível à comunidade jurídica o fato de ações criminais se arrastarem pelos canais judiciários por dez, doze e até quinze anos; para a sociedade em geral, trata-se de verdadeira afronta; o cúmulo da incompetência e do descaço para os fatos jurídicos que, justamente por atingi-la com maior intensidade, mereceram receber tratamento criminal.

A demora judicial provoca prejuízo geral, pois, se o acusado é inocente, permanecerá injustamente em desconforto por vários anos e ainda remanescerá estigmatizado pelo processo o restante de sua vida. Por outro lado, se for culpado, passados vários anos do fato, a sanção pode atingir pessoa com personalidade totalmente diversa daquela que praticou o delito. Assim, a sanção tardia não atingirá seu escopo retributivo e tampouco o seu caráter preventivo.

Como se disse, importantíssimo passo na desobstrução dos serviços das varas criminais foi dado através da Lei n. 9.099/95, que, regulamentando os juizados especiais criminais, estabeleceu disposições inovadoras e progressistas no trato processual de infrações penais de menor potencialidade ofensiva. Entretanto, tal avanço não será suficiente para solucionar as graves mazelas das varas criminais, que requerem medidas diversas.

5.4. *O silêncio judicial*

Atados a velhas concepções, firmadas na desnecessidade e até inconveniência do trato com a imprensa, os magistrados e os membros do Ministério Público, com raríssimas exceções, se omitem na divulgação dos fatos de altíssima relevância pública que transitam pelas suas vias, permitindo, por sua postura omissiva, a exploração jornalística, quase sempre sensacionalista e muitas vezes dirigida.

A publicidade dos atos processuais é norma constitucional (art. 5º, inciso LX); dispondo de meios para atingir melhor divulgação, não pode o Judiciário, por comodismo, contentar-se com a divulgação fria, tardia e sumária do velho diário oficial.

Obviamente, não está se falando da necessidade da inserção dos magistrados e promotores no estrelato da mídia, o que, de fato, é temerário, principalmente à atividade judicante, mas sim da divulgação pública das suas decisões que, por um fato ou outro, tenham repercussão social, bem como no desfazimento de interpretações errôneas de tais decisões.

6. *O Ministério Público*

6.1. *O MP e o Processo Penal*

O Ministério Público no Brasil é uma instituição independente, encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e

individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal). Para o exercício de seus misteres, é dotado de instrumentos de atuação perante a Administração Pública e o Poder Judiciário, dentre eles, a promoção privativa da ação penal pública (art. 129, inciso I, da CF).

No processo penal, as atribuições do membro do Ministério Público são aparentemente antagônicas — por um lado, atuando como *dominus litis*, deve, obrigatoriamente, promover a persecução penal de infratores; por outro, cabendo-lhe a promoção e a fiscalização da lei, deve agir imparcialmente, requerendo e, se preciso for, recorrendo em favor do réu (art. 257 do CPP) —, constituindo-se sua atividade, desta forma, no que alguns chamam de *parte imparcial*.

Na verdade, o enquadramento técnico da atuação ministerial depende do entendimento que se der à natureza do processo penal — para uns, nele não existe litígio, lide, pretensão etc. (Vicente Cernicchiaro, Silva Jardim, Rogério Lauria Tucci); para outros, ocorre o inverso, aproximando-se a relação jurídico-processual-penal daquela do processo civil (Mirabete, Tourinho Filho, Frederico Marques).

Entendemos que a razão está com aqueles que fazem a distinção das moralidades processuais em razão da especialidade da matéria. Tendo o processo penal a finalidade de buscar a verdade real, se todos os componentes da relação jurídico-processual-penal, com exceção do réu, têm por obrigação colaborar para a obtenção deste desiderato, comprovando-se ou não os indícios criminais, não há que se falar em litígio, em controvérsia, em partes etc., mas sim em hipótese criminal, contraditório e pessoas do processo.

Pode-se dizer que o juiz e o membro do Ministério Público assumem posições psicológicas muito parecidas no processo penal — ambos representam o Estado, têm iniciativa para a produção de provas e devem agir imparcialmente. Às vezes até parecem ser fiscais recíprocos — se o promotor ou procurador requerer o arquivamento de inquérito policial e o juiz não concordar, remeterá os autos ao Procurador-Geral ou Câmara de Revisão, que poderá designar outro membro da instituição para o oferecimento da denúncia ou não (art. 28 do CPP); se o juiz condenar ou absolver o réu, em ambos os casos, discordando do entendimento do magistrado, o promotor pode apelar ao tribunal etc.

Por tais razões, o ofício ministerial no processo penal deve ser desempenhado com absoluta ausência de paixão, evitando-se o ajuizamento de ações temerárias, o silêncio diante de violação de direitos individuais dos acusados, a imposição de óbices à ampla defesa no processo etc.

Infelizmente, não é esta a postura preferida da maioria dos promotores e procuradores, cuja mentalidade está ainda atrelada a velhos conceitos, da antiga vocação do Ministério Público, de conteúdo meramente acusatório. Assim, diante de dúvida quanto à existência de um delito, não é raro deles se ouvir a expressão *in dubio pro societate*, como encarnação do espírito maquiavélico de que o poder deve ser exercido, mesmo que injustamente.

6.2. Os poderes-deveres do “dominus litis”

Dispõe a Constituição Federal:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

Trata-se de disposição que atribui a legitimidade ativa da ação penal pública, privativamente, ao Ministério Público. Apesar de a Constituição Federal atribuir a maior amplitude possível ao seu conteúdo, a delimitação dos poderes-deveres do titular da ação penal pública tem sido, paradoxalmente, operada sob as bases mínimas fornecidas pelo Código de Processo Penal de 1940.

Assim, a despeito da inserção constitucional do *princípio da oportunidade regrada* na ação penal pública, com a admissão da transação processual nas infrações de menor potencial ofensivo, tem-se dado ao *princípio da obrigatoriedade*, deduzido dos arts. 24, 28, 42 e 576 do CPP, sentido absolutamente inflexível, que, se seguido, tornaria o membro do Ministério Público um autômato formalizador de denúncias.

Na verdade, as disposições legais que sugerem a obrigatoriedade da promoção de ações penais públicas pelo Ministério Público não têm sentido mais cogente do que aquelas que obrigam o juiz a dar seus despachos em um dia e suas sentenças em dez dias (art. 800 do CPP); que prevêem que a sentença no processo sumário será dada em audiência (art. 538, § 2º, do CPP); que obrigam a que o processo comum seja encerrado em oitenta e um dias; que dizem que o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade (art. 85 da Lei n. 7.210/84) etc.

Os atos processuais dos membros do Ministério Público não podem ser considerados *de per se*, mas dentro do contexto de toda a sua atividade administrativa. Nem sequer o atendimento da obrigatoriedade do ajuizamento de ação penal será a melhor solução para a obtenção da finalidade legal, pois, diante do excesso de serviço, inevitável será a eleição das ações mais importantes em detrimento das menos significativas.

Promovendo a evolução do conceito de discricionariedade, assim se expressa Celso A. Bandeira de Mello:

“discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.”²⁰

Adotando-se o ensinamento do eminente publicista, pode-se afirmar que, em atividade propriamente judicial ou parajudicial, discricionariedade e obrigatoriedade são caminhos que conduzem ao mesmo destino — à necessidade do uso razoável do poder administrativo, ou seja, da escolha da solução que melhor corresponda à finalidade legal.

A obrigatoriedade, como corolário do princípio da legalidade, jamais deve ser dissociada da função maior da Administração Pública, que é a busca do atingimento do interesse público. Não se pode invocar o princípio da obrigatoriedade desvestindo-o da finalidade que lhe é inerente. Assim, pode-se falar na existência de uma *obrigatoriedade finalista* na atuação ministerial. Aliás, a lei jamais será obedecida sem o atingimento da razão teleológica de todo sistema jurídico, que a legitima.

O membro do Ministério Público não é um agente administrativo que, diante de um inquérito policial, verificando o enquadramento dos fatos em um tipo previsto em alguma lei penal, tenha obrigação, pura e simplesmente, sem reflexão, de ajuizar ação para obter a condenação do acusado — o membro do MP é um agente político que, diante da escassez de recursos, deve administrar as forças do Estado para provocar a sanção das ações criminais praticadas pelos membros da sociedade, na medida de sua gravidade, sempre com olhos atentos às mutações sociais e sua repercussão.

A titularidade da ação penal pública atribui ao membro do Ministério Público a obrigação de buscar a razão finalística dos instrumentos de atuação que o povo e a Constituição Federal outorgaram à instituição. De nada adianta à sociedade o MP oferecer denúncias e mais denúncias e não conseguir obter a resposta do aparelho judicial às suas ações penais, vendo-as terminadas em reconhecimento de prescrição.

Quando um promotor de justiça ou procurador da República oferece uma denúncia, ao menos enquanto as varas judiciárias estiverem abarrotadas de serviço, deve-se subentender que, dentre as possibilidades de emprego dos meios da Administração Pública, é prioridade para a sociedade a sanção do acusado por ter praticado, dentre outras condutas indesejadas ao Estado, aquela que produziu as lesões mais graves.

Não fossem assim, a condição de *dominus litis* nada significaria ao Ministério Público, já que bastaria ao Judiciário não prover as vagas dos seus quadros, passando a julgar as ações que bem entendesse, para esvaziar, claramente, o conteúdo teleológico das funções constitucionais do Ministério Público.

Desta forma, não encontrando viabilidade prática para a obtenção de sucesso com determinada ação penal, o membro do Ministério Público, para atender ao interesse público, não deve oferecê-la e, se já tiver sido oferecida, deve pedir-lhe a extinção.

Obviamente, as razões ministeriais que motivaram tal seleção de prioridades devem ser expressas, fundamentadas e submetidas ao crivo do Judiciário, que, não

concordando com elas, deve submeter o caso à apreciação do Procurador-Geral ou Câmara de Revisão, na forma do art. 28 do CPP, que dará a palavra final.

Destaque-se que, nada obstante os argumentos de alguns que não admitem que o Ministério Público seja o responsável pela condução da política criminal repressiva no Brasil, ele é a única instituição que pode desempenhar tais funções, pois, diante das suas atribuições constitucionais, da imobilidade imposta ao Judiciário e da falta de autonomia da polícia, não se enxerga quem melhor possa fazê-lo.

7. Conclusões

Diante de tudo o que foi dito, chega-se às seguintes conclusões principais:

- O processo penal é atividade estatal que, como todas as demais, não acha a sua finalidade em si mesmo, encontrando sua razão teleológica na utilidade pública.

- As normas processuais em vigor encontram-se desatualizadas, entretanto, interpretando-se-as sistematicamente, é possível delas se extrair o significado que melhor satisfaça ao interesse público.

- Constitui grave erro atribuir-se toda culpa pelo alto índice de criminalidade às instituições que compõem o sistema punitivo e não será com o maior rigorismo das penas que se obstará o crescimento da criminalidade.

- No Brasil, dada a carência de recursos humanos e materiais do serviço público e, especificamente, do Poder Judiciário, não se pode deixar de levar em conta na fixação dos tipos penais a capacidade de apuração e penalização das incidências, bem como as condições de cumprimento e o caráter estigmatizador da pena.

- Antes de realizarmos uma reforma penal, promovendo a *despenalização* de condutas ilícitas, devemos avaliar se estas merecem, de fato, ser criminalizadas.

- A obrigatoriedade da atuação do Ministério Público, como corolário do princípio da legalidade, jamais deve ser dissociada da função maior da Administração Pública, que é a busca do interesse público, não se podendo invocá-lo desvestindo-o da finalidade que lhe é inerente.

Notas:

1 — Ministério da Justiça. *Censo Penitenciário*, 1994.

2 — JESUS, Damasio E. in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 107.

3 — *Dos Delitos e das Penas*. 1764. Trad. De Torrieri Guimarães. 11ª ed., São Paulo, Ed. Hemus, 1995, p. 56.

4 — Degni, *apud* Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 14ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1994, p. 12.

- 5 — *Apud* PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos Jurídico-penais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 208.
- 6 — Bettiol, *apud* FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. 2ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1965, v. 2, p. 2.
- 7 — *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 75.
- 8 — ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As Três Escolas Penais*, São Paulo, Ed. Freitas Bastos, 1977, p. 332.
- 9 — PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos Jurídico-penais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 207.
- 10 — Cf. adiante *Princípio da Insignificância*, p. 21.
- 11 — *Apud* GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 75.
- 12 — PIMENTA BUENO, *apud* Acosta, Valter P. *O Processo Penal*. Rio de Janeiro, Ed. do Autor, 1975, p. 8.
- 13 — Brasília (DF). Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Autos n. 92.01.26195-0; Rio de Janeiro (RJ), Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Autos n. 90.02.17350-4; Porto Alegre (RS). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Autos n. 92.04.08311-5 etc.
- 14 — *As Nulidades no Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1992, p. 55.
- 15 — ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 4ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p. 133.
- 16 — Ministério da Justiça. *Censo Penitenciário*, 1994.
- 17 — Dado extra-oficial da Procuradoria da República no Mato Grosso do Sul.
- 18 — ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *apud* GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 60.
- 19 — GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 61.
- 20 — *Discricionariedade e Controle Judicial*. São Paulo, Ed. Malheiros, 1992, p. 48.