

Brasil precisa flexibilizar o mito da obrigatoriedade da ação penal



Tem se observado uma grande preocupação com um suposto excesso de

quantidade de presos, mas nada se fala sobre o excesso de processos penais, em razão da obrigatoriedade da ação penal. Esse foco apenas no excesso de presos tem levado ao erro de se considerar o sintoma e esquecer a causa, ou seja, o excesso de processos penais em face da obrigatoriedade da ação penal.

Países como a Holanda e a Suécia reduziram o número de presos simplesmente flexibilizando a obrigatoriedade da ação penal. Nesses países, a defesa criminal é facultativa na maioria dos casos e fica a cargo dos réus, e mesmo assim se reduziu o número de processos penais e prisões. No Brasil, ainda prevalece o mito da obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Ministério Público o dever de processar por tudo.

No meio jurídico, não há muito interesse em discutir quantidade de processos, uma vez que a diminuição de processos penais implica na redução do mercado jurídico tradicional.

Conforme pesquisa que fizemos no doutorado na PUC-SP, sob a orientação do doutor Vidal Serrano Júnior, somos o único país do mundo que ainda não flexibilizou o mito da obrigatoriedade da ação penal.

Até mesmo a Itália, que tem esse mito como princípio constitucional expresso no artigo 112 da Constituição italiana, vem criando mecanismos legais para flexibilizar o mesmo. No Brasil, nem temos esse mito expresso no CPP e na CF, exceto uma referência no CPP Militar. Mas seguimos na crença de que a ação penal é o único meio de coibir a criminalidade.

Com base nessa percepção equivocada da obrigatoriedade da ação penal, processamos menos de 10%, sem efetividade alguma, e focando apenas em flagrantes, os quais são mais fáceis de serem provados, logo vivemos no círculo vicioso de se prender pelos crimes menos inteligentes e processar por estes mesmos crimes menos inteligentes, e ao final, arrematamos com o erro de achar que apenas pessoas sem estudo cometem crimes, pois não se investiga os delitos mais complexos.

No Brasil, ainda estamos na predominância da ideologia do finalismo, a qual, sustentada por Welzel, nos leva a crer que o Direito Penal é neutro e não pode fazer política criminal na persecução penal. Muitos afirmam que Welzel é o Kelsen na área penal.

O mundo já evoluiu para o funcionalismo penal, menos o Brasil. No funcionalismo, o Direito Penal volta a se associar com a política criminal, não de forma separada como defendida por Franz von Liszt,



mas, sim, juntos e estabelecendo prioridades, seletividade, relevância social, risco social, habitualidade, e não apenas um olhar para o tipo penal formal como sustenta o finalismo.

Tanto o funcionalismo penal como o finalismo penal são de origem alemã. No entanto, o funcionalismo é a evolução para um Direito Penal mais racionalizado e eficiente, enquanto o finalismo é a atuação burocratizada e automatizada, estabelecendo prioridade apenas para réus presos, independentemente da gravidade do delito.

Já o garantismo penal, terceira ideologia, é uma corrente de origem italiana, na qual foca apenas direitos constitucionais do acusado, embora digam que focam no direito de todos, mas “todos” no sentido de que um dia talvez todos nós possamos ser réus, e não no sentido de incluir a vítima. Esta é considerada como parte de uma sociedade opressora e que oprime o criminoso, este vítima da sociedade, o qual foi obrigado a cometer crimes por falta de oportunidade, e não porque é malandro e preguiçoso. Logo, cabe ao Estado fazer a acusação e também a defesa, em uma visão de dialética de esquerda, à qual são filiados os expoentes dessa ideologia como o argentino Zaffaroni e o italiano Ferrajoli, ambos de esquerda. Importante ressaltar que na Itália, terra natal do garantismo penal, mas como é país com crimes cometidos pela máfia e terrorista, o garantismo penal não é tão idolatrado como no Brasil.

Há um excessivo interesse no meio jurídico em manter o processo penal bem demorado e burocratizado, e usam isso como sinônimo de ampla defesa.

Nessa visão de mercado jurídico, obriga-se o Ministério Público a processar o que foi selecionado pela polícia, sem um critério objetivo e transparente, e fala-se que haveria risco de impunidade se o Ministério Público pudesse estabelecer triagem de prioridades. Mas nada se fala sobre o fato de que a polícia remete ao Ministério Público menos de 10% das ocorrências policiais, ou seja, arquiva-se mais de 90% dos casos nas delegacias e sem transparência ou controle externo efetivo.

Também nada se fala sobre o enorme número de prescrições que ocorre na área penal, o que confirma o mito da obrigatoriedade da ação penal.

Trata-se de situação desproporcional o fato de que o rito processual ser praticamente o mesmo em se tratando de sumário ou ordinário, ainda que para aplicar pena alternativa ou regime aberto domiciliar, ou uma pena de 20 anos de prisão.

Na verdade, ao focar a solução de banalizar a execução penal, acaba-se desmoralizando o Direito Penal, o qual não pode ser banalizado. Logo, apenas fatos graves deveriam ser punidos pelo Direito Penal, os demais deveriam ser punidos como ilícitos civis ou ilícitos administrativos.

Por outro lado, é fato que determinada ideologia política interfere no caos penal ao afirmar que o processo penal é luta de classes, e o criminoso é vítima da sociedade opressora, como afirma o movimento Lumpem, reinventado pelo Marcuse da Escola de Frankfurt, a qual considera criminosos como soldados da revolução através do marxismo cultural, logo, quanto mais presos, mais doutrinação.



Dessa forma, para se reduzir o número de presos, é preciso simplificar o processo penal, nos seguintes termos:

- na audiência de custódia, quando o promotor verificar ser possível, já oferecerá a denúncia com proposta de pena alternativa, e o acusado manifestará oralmente (é assim na Itália);
- o promotor pode colocar em liberdade quando verificar que a prisão é desnecessária, notadamente em caso de prescrição ou não aplicação de pena de prisão, suspensão do processo ou transação penal;
- o princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser flexibilizado nos delitos de pequena e média ofensividade, quando cometido sem violência, grave ameaça e sem habitualidade, não sendo o caso de aplicação de pena de prisão;
- no caso de prisão em regime aberto domiciliar, já pode o Ministério Público propor a pena imediatamente ao acusado, no mínimo legal do tipo penal, cujo réu pode aceitar a mesma;
- cabe confissão premiada com diminuição de 1/6 da pena, quando feita na presença do juiz em sede de processo penal;
- vedar prisões de ofício pelo Judiciário;
- a fiscalização dos presos provisórios, sem guia de execução penal, é atribuição das varas criminais, passando para a execução penal apenas após a expedição de guia de pena, provisória ou definitiva.

Por fim, o nosso problema não é o excesso de presos, mas o excesso de processos penais e burocracia que mantêm o réu preso por delitos menos complexos. A solução é agilizar o processo penal com alternativas penais, o que acabaria diminuindo o tempo do processo e reduzindo o número de processos, sem gerar impunidade ou desmoralizando o Direito Penal, como tem ocorrido com as medidas atualmente focadas apenas em desmoralizar a execução penal com uma equivocada ideia de que pena de prisão é para cura social do criminoso, o qual deve ter direito até tratamento de beleza nos presídios. A proposta é prender menos, mas prender com eficácia, aplicando alternativas penais no início do processo, e não ao final, pois neste caso já se haveria todos os gastos com burocracia processual.

Date Created

04/09/2017