

O mito da obrigatoriedade da ação e o funcionalismo penal

Entre as décadas de 30 a 80 o tema "obrigatoriedade da ação penal" era muito debatido em congressos e obras jurídicas no Brasil. Porém, a partir da década de 90 este debate silenciou no Brasil, e seguiu forte na maioria dos países, os quais abandonaram o finalismo puro e avançaram para o funcionalismo penal, ou seja, reincluindo a política criminal no conceito do direito penal, o que já vigorou até idos do início de 1900, mas foi abolido *ao se adotar a separação entre Direito Penal e Política Criminal em razão da doutrina de Liszt*, defendia um "direito penal científico" e puro, ou seja, sem a interferência de política do com Welzel.



Nessa evolução mundial, a partir de 1990, a maioria dos países reforçou

ainda mais o aspecto de justa causa como sendo um fator de política criminal, ora dentro do conceito de crime (insignificância criminal), ou mais recentemente até mesmo para a propositura de ação penal (insignificância processual), inclusive prevendo as hipóteses em que mesmo sendo crime, não haveria necessidade de ajuizamento penal, mas sem vedar o ajuizamento em razão de questões locais, ou seja, estabelecendo critérios para a discricionariedade tanto para ajuizar, como para fazer acordos, pois nem estes seriam obrigatórios, uma vez que as legislações passaram a prever expressamente o arquivamento por questões de política criminal estabelecendo limites com parâmetros objetivos. E isto é praticamente ignorado nos meio jurídico brasileiro.

Na verdade, o funcionalismo é um retorno à política criminal, o que exige conhecer temas como sociologia, filosofia, criminologia, matemática, psicologia social, uma atuação mais ampla e eficiente da ciência penal, pois menos restritiva. Em suma, é um retorno ao passado da teoria de Listz, embora com melhorias.

Muito embora, haja uma certa aversão no meio jurídico ao termo "política", o que se trata no âmbito da administração é que *política pública* consiste em "*estabelecer prioridades e assumir responsabilidades*". A visão de que o Estado tem que fazer tudo conduz à falência e ineficiência, afinal quem faz tudo, não consegue fazer nada bem feito.

No entanto, não questionam o eixo deste alegado punitivismo, o qual seria a "obrigatoriedade da ação penal", o que segundo a doutrina atual estaria elencada no artigo 24 do Código de Processo Penal (CPP). Contudo, este artigo não usa expressamente o termo "obrigação", como ocorre com o artigo 112 da Constituição Italiana, onde está expresso textualmente que a ação penal é obrigatória, mas mesmo lá estão flexibilizando as leis penais e aumentando as hipóteses de exclusão de ilicitude e atipicidade, uma

vez que não conseguem mudar a redação do artigo constitucional citado, apesar de vários debates. A palavra "será" no artigo 24 do CPP não é "obrigação", mas "atribuição". Na Itália, a resistência para mudar o artigo 112 da Constituição Italiana parte da própria advocacia e não dos Magistrados (lá Membros do Ministério Público e Judiciário, são chamados de magistrados). Aparentemente, a defesa não quer menos ações penais.

Alguns aspectos históricos são interessantes neste contexto, afinal o artigo 112 da Constituição Italiana foi promulgado em 1948. Outro aspecto interessante é que o CPP brasileiro, embora seja de 1941, não foi votado em sua versão original. Afinal, é um Decreto-Lei, e este funcionava de forma que o Executivo enviava o projeto ao Legislativo já produzindo efeitos, e cabia ao Legislativo juntar quórum qualificado para colocar o decreto-lei em pauta e tentar votação pela rejeição. Como nunca se conseguiu quórum para colocar em pauta, ele vigorou e vigora até a presente data. Naquela época era uma espécie de medida provisória, mas sem o limite temporal e invertendo a necessidade de quórum para pauta de votação.

Uma pesquisa feita no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 2017 constatou que mais de 70% das ações penais prescrevem, ou seja, uma pandemia penal, mas que pouco desperta o interesse do meio jurídico em discutir, afinal otimizar o processo penal significaria menos 70% das ações penais, e isto é um tema que não querem discutir. Afinal, é comum que decisões condenatórias sejam depois declaradas sem efeito em razão da prescrição retroativa ou até mesmo na execução penal, o que primeiramente pode ser computado como sentença condenatória, mas depois não terá efeito em razão da prescrição.

Provavelmente este seja até mesmo o motivo inconsciente para não se admitir a prescrição antecipada, ou seja, tramita um caro processo penal que já se sabe não terá nenhuma efetividade, pois estará prescrito, mas como representa quase 70% dos casos, isto seria um impacto no mercado de trabalho para muitos operadores do Direito. A estatística mais aprofundada está disponível [aqui](#).

Na França, por exemplo, não havia limites para a "*oportunidade da ação penal*", o que gerou questionamentos e o legislador começou a impor limites para a oportunidade da ação penal, como estabelecendo tipos de crimes e penas máximas abstratas que poderiam ser objeto de arquivamentos, além de possibilidade de a vítima recorrer para a chefia do Ministério Público.

No Brasil alega-se que precisaria de uma lei autorizando a oportunidade da ação penal. Contudo, pela posição constitucional do Ministério Público e do Judiciário a partir de 1988, entende-se que é o contrário, ou seja, precisa é de uma lei limitando a oportunidade da ação penal, e se não existir tal lei, é possível elencar política criminal processual em todos os casos, o que não é razoável.

Em virtude deste mito da obrigatoriedade da ação penal, a denúncia que deveria ser a última alternativa e apenas em casos de gravidade concreta e robustez probatória, acaba, na prática, sendo a primeira e única alternativa, notadamente quando se tem autoria, pois os indícios e uma banalização do conceito de *in dubio pro societate*, a tendência é não se fazer triagem para priorizar casos mais relevantes e graves.

No entanto, em uma concepção de agente político e independência funcional não se pode ser obrigado a processar por tudo, sem estabelecer prioridades, sob pena de ser mero servidor burocrata.

Ora, se o sistema não comporta processar todos os crimes, então qual o sentido de se iniciar uma ação penal sem efetividade? Afinal, estará prescrita. Nesse sentido registra-se o artigo 22 da Lei 13655/18. "*Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados*".

Em tese, o tipo penal é o limite para a atuação penal e não uma senha para ativar um trabalho obrigatório, automatizado e burocratizado de ação penal, como preceituam os "manuais para concursos jurídicos". Outros elementos de política criminal processual precisam ser também levados em consideração como a pauta de audiências, delitos de réus soltos, porém mais graves, habitualidade criminosa, e outros fatores objetivos e devidamente fundamentados.

No Brasil, querem ser rígidos com a obrigatoriedade da ação penal, mesmo sabidamente em ações penais que estarão prescritas, mas almejam ser benevolentes com a execução penal

A obra "Política Criminal e Sistema Jurídico Penal", do alemão Roxin, foi um marco na década de 80 para ruptura do sistema penal europeu ao adotarem critérios de política criminal no meio jurídico penal, o que pelo finalismo não é admitido, uma vez que entende que apenas o legislador e o Executivo podem fazer política criminal. Esta obra está traduzida no Brasil pela Editora Renovar.

Nessa esteira de raciocínio ressalta-se que juízes e promotores são os únicos profissionais no Brasil proibidos de se candidatarem e terem filiação partidária, nem podem ser cedidos para outros poderes, sem pedirem demissão. E a única conclusão deste impedimento é que são agentes políticos no exercício de sua função, e não apenas servidores públicos burocratas, logo podem, e devem, fazer política criminal na atuação diária ao estabelecer prioridades.

Mas, em geral, os demais países da América Latina e da Europa já colocaram expressamente em suas leis que no caso de crimes com pena máxima até um limite de anos (varia em cada país), e com réu sem habitualidade criminal, sem ofensividade relevante, sem violência física, e até mesmo sem interesse da vítima, o Ministério Público poderia arquivar e intimar a vítima, a qual poderia recorrer se discordar do arquivamento. Neste caso, se vítima silenciar, não haveria ação penal.

Por exemplo, em determinada Comarca há aproximadamente 7 mil processos criminais ativos em uma população aproximada de 120 mil habitantes, sem contar os Inquéritos Policiais ainda na Delegacia, e os feitos do Juizado Especial. *No entanto, temos 700 presos. Em suma, temos excessos de presos como alega a mídia, ou temos excesso de processos ou excesso de crimes ?? Estas três perguntas precisam ser feitas e respondidas.* Mas, nem mesmo há uma preocupação com a "cifra negra", ou seja, as famosas "diligências preliminares" em que a polícia nem transforma em inquérito policial e não remete ao fórum para controle.

Porém, o estranho mesmo consiste em entidades de defesa acusarem a existência de punitivismo, sem adentrar no mito da obrigatoriedade da ação penal e da "cifra negra" comparando número de crimes, de processos e de prisões.

Sendo assim, a insignificância processual consiste no fato de que mesmo sendo crime, o qual justifica uma atuação da polícia, mas não necessariamente para resultar em uma ação penal. E esta falta de justa causa para ação penal pode ocorrer por vários motivos a serem motivados pelo Judiciário ou pelo Ministério, ou seja, insignificância processual, não se trata de um direito subjetivo do acusado, mas sim como matéria de política criminal, e destaca-se que a justa causa passou a ser um item separado para a persecução penal em 2008, com a nova redação do artigo 395 do CPP: *"III — faltar **justa causa** para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)"*.

Dessa forma, ressalta-se que na Europa a discussão não é se pode o Judiciário e Ministério Público fazerem política criminal, pois isso já está pacificado com o "funcionalismo penal", mas, sim, quais os limites da atuação. Lá todo Juiz e Promotor, ambos chamados de magistrados, têm a preocupação com custo e efetividade de uma ação penal, e se as provas são suficientes para condenar e não haverá prescrição.

Mas, vejamos um exemplo no Brasil onde a condenação por crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB) (motorista embriagado e na direção de veículo) gera, em regra, condenação a um salário mínimo e com um processo caríssimo e demorado. Já a sanção por infração de trânsito prevista no artigo 165 do CTB fica em torno de quase três salários mínimos e cobrada sem exageradas defesas e sem custo altíssimo.

Um posicionamento muito relevante é o da brasileira Bruna Capparelli, em 2017, doutoranda em Processo Penal pela Alma Mater Studiorum – Università di Bologna/Itália, onde aborda *a Crise do Princípio de Obrigatoriedade da Ação Penal no ordenamento italiano* e ao final de sua resenha (nota) resume as soluções lá apresentadas, uma vez que o artigo 112 da Constituição lá está expressa, o texto está completo [aqui](#).

"Ocorre dizer, todavia, que se vai cada vez mais afirmando uma postura interpretativa que se pode definir intermédia em relação às duas expostas acima, segundo a qual é necessário prestar atenção a interpretações excessivamente rígidas do artigo 112 da Const. Italiana e apontar, com base em uma leitura "corajosamente aberta" da norma constitucional, novos remédios processuais e extraprocessuais capazes de reorientar a ideia de obrigatoriedade.

Nessa perspectiva, as soluções propostas são essencialmente duas. A primeira, muito notória, é aquela que consiste em permitir aos representantes do ministério público selecionar legitimamente as notícias de crime a serem tratadas com precedência em relação às demais, com base em "critérios de prioridade" que seriam especificamente estabelecidos em sede parlamentar, e em execução de programas operativos periodicamente estabelecidos pelos dirigentes de procuradoria de acordo com aqueles critérios.

.....

A segunda solução — de maior interesse aos nossos fins — é representada pela possível ampliação normativa dos pressupostos de operabilidade do arquivamento, sobre o modelo de análogas reformas já experimentados com sucesso em outros ordenamentos estrangeiros.

Nesta direção, reentra a recente introdução do proscioglimento por particular pouca gravidade do fato. Dito proscioglimento per tenuidade — que pressupõe a existência de um fato típico de crime, de modesta expressividade lesiva mas não totalmente inofensivo —

responde a duas fundamentais exigências constitucionais:

- 1) o princípio de proporcionalidade da intervenção repressiva penal, que proíbe, em conformidade com o cânone da ultima ratio, sancionar penalmente condutas que parecem não merecedoras de pena no caso específico, e torna a declaração por tenuidade do fato uma verdadeira e própria 'necessidade de justiça' em consideração da 'adquirida consciência dogmática dos limites da tipicidade penal';*
- 2) a exigência de aliviar a sobrecarga do judiciário e de devolver efetividade ao princípio de obrigatoriedade da ação pena".*

Em suma, no Brasil, quer se processar penalmente por tudo, sem critérios objetivos, e que gera prisões e processos a serem prescritos, o que é uma disfuncionalidade caótica, e ao final tentam flexibilizar o cumprimento da pena, apesar do rigor no processo de instrução, o que mantém ativo o mercado de trabalho para muitos no meio jurídico, em especial para a Defesa que tanto alega punitivismo. Enquanto falta verba para saúde, saneamento e educação, sobra dinheiro para os palácios da Justiça em um sistema no qual 70% dos processos penais prescrevem, e os que geram condenação tendem a ficar próximo da pena mínima e muitos nem geram pena de prisão, inclusive menos de 10% consistem em absolvição, o que poderia ser amenizado se adotarmos o funcionalismo penal (política criminal processual para ajuizamento de ações penais).

Date Created

15/03/2021