

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Curso de Especialização em Processo Penal

**A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O CONTROLE
DA CRIMINALIDADE DIFUSA**

MARIA DO SOCORRO COSTA BRILHANTE

Fortaleza – Ceará

2003

MARIA DO SOCORRO COSTA BRILHANTE

**A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O CONTROLE
DA CRIMINALIDADE DIFUSA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público/Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista, sob orientação da Professora Mestre Maria Magnólia Barbosa da Silva.

Fortaleza – Ceará

2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Curso de Especialização em Processo Penal

**A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O CONTROLE DA
CRIMINALIDADE DIFUSA**

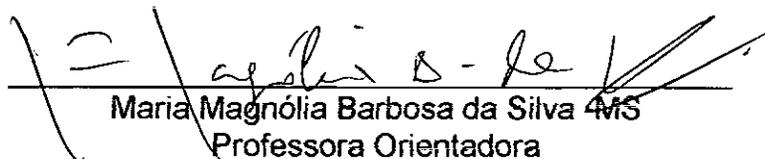
Monografia submetida à apreciação, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Especialista em Processo Penal, concedido pela Universidade Federal do Ceará/Escola Superior do Ministério Público.

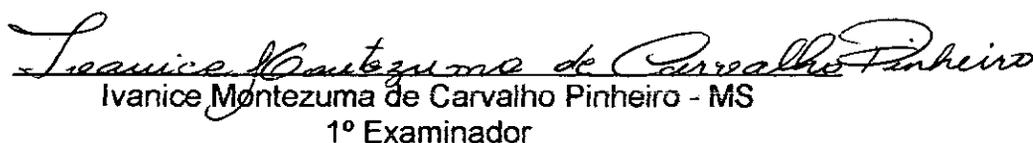
AUTORA: Maria do Socorro Costa Brilhante

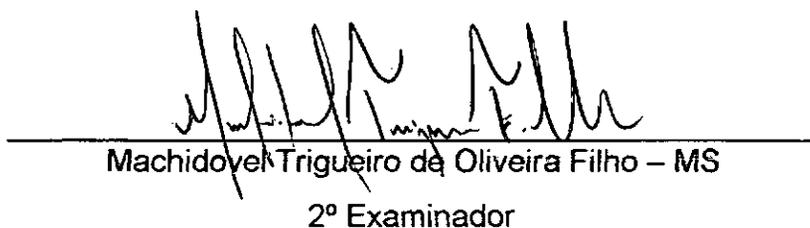
Monografia apresentada: 30 de julho de 2003

Nota 10,0 (DEZ) 

BANCA EXAMINADORA:


Maria Magnólia Barbosa da Silva - MS
Professora Orientadora


Ivanice Montezuma de Carvalho Pinheiro - MS
1º Examinador


Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho - MS
2º Examinador


Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho - MS
Coordenador do Curso


Maria Magnólia Barbosa da Silva - MS
Diretora da EMP

Na medida em que os opressores desumanizam os outros e violam seus direitos, tornam-se, eles mesmos, desumanizados. Na medida em que os oprimidos, lutando para se tornarem humanos, retiram dos opressores seu poder de dominar e reprimir, restauram para os opressores a humanidade perdida no exercício da opressão. Isto pode parecer ser simplista, mas na verdade, não o é. A resolução da contradição opressor - oprimido, na verdade, implica o desaparecimento dos opressores enquanto classe dominante.

Contudo, as restrições impostas pelos 'antigos oprimidos' aos seus opressores, para impedir que estes reassumam sua antiga posição, não constitui opressão. Um ato só pode ser considerado opressivo, quando impede os homens de se tornarem mais plenamente humanos

Paulo Freire.

Aos meus pais, Rafael Arcânjo da Costa e
Maria Pereira da Costa,

dedico.

Agradecimentos

A Deus, fonte inesgotável de bondade e sabedoria;

à Dra. Maria Magnólia Barbosa que nos acolheu com simpatia e amizade, fazendo da Escola Superior do Ministério Público um ambiente movido pela fraternidade;

aos professores do Curso de Especialização em Processo Penal que nos alargaram significativamente os conhecimentos desta área;

a todos os que passaram em meu caminho, de forma solidária e amiga,

o meu muito obrigada.

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
INTRUDUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I	
MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO/PROCESSO.....	11
1.1. Do processo.....	11
1.2. Fases metodológicas do direito processual.....	13
CAPÍTULO II	
CRIMINALIDADE DIFUSA	15
CAPÍTULO III	
CRIMINALIDADE APARENTE.....	17
CAPÍTULO IV	
DEFICIÊNCIA DAS INSTITUIÇÕES.....	18
CAPÍTULO V	
JUSTIÇA CRIMINAL.....	22
CAPÍTULO VI	
CONTROLE DA CRIMINALIDADE.....	24
CAPÍTULO VII	
O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	26
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	30

RESUMO

BRILHANTE, Maria do Socorro Costa. *A instrumentalidade do processo e o controle da criminalidade difusa*. Universidade Federal do Ceará/ Escola Superior do Ministério Público. Fortaleza – CE, julho de 2003. Professora Orientadora Maria Magnólia Barbosa da Silva-MS (Diretora da Escola Superior do Ministério Público-EMP). Coordenador do Curso de Especialização em Processo Penal: Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho-MS.

O trabalho que aqui apresentamos consiste numa reflexão acerca da *instrumentalidade do processo e o controle da criminalidade difusa*, tendo como objetivo precípua ressaltar a importância do processo como um instrumento a serviço da sociedade, pondo em discussão a necessidade dos Delegados, Promotores de Justiça e Juizes terem uma visão instrumentalista do processo, deixando de lado o critério seletivo, em que se prioriza a criminalidade comum. A metodologia utilizada se restringiu a uma descrição do assunto, caracterizando-se como um estudo essencialmente teórico, alicerçado na óptica de alguns estudiosos do Direito, dentre os quais podemos ressaltar Dinamarco (s.r), Grinover (1990), Miranda (1988), Pisani (1982), Rocha (2001), dentre outros que foram significativos para o nosso referencial teórico. Supomos que, com este estudo, demos uma contribuição significativa e esclarecedora a respeito do tema, sem, entretanto, acharmos que as abordagens aqui feitas estão concluídas, mas deixamos em aberto, para que possamos aprofundar em trabalhos futuros ou para que outros colegas possam, também, analisá-lo com maior profundidade.

INTRODUÇÃO

Com a opção pelo presente tema – A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E O CONTROLE DA CRIMINALIDADE DIFUSA –, pretendemos demonstrar a necessidade de instalar o debate jurídico sobre a questão da criminalidade difusa, além de atender ao compromisso com uma obrigação curricular para conclusão do Curso de Especialização em Processo Penal.

É importante ressaltar que o estudo ora apresentado é fruto, também, da atuação funcional da autora, no exercício das atribuições junto à 8ª UNIDADE DO JUIZADO ESPECIAL e a 18ª Promotoria Criminal em Fortaleza.

A pretensão inicial do estudo é ressaltar como o processo pode ser um instrumento a serviço da sociedade. E ainda, por em discussão a necessidade dos Delegados, Promotores de Justiça e Juizes, terem uma visão instrumentalista do processo, deixando de lado o critério seletivo, em que se prioriza a criminalidade comum, quando se devem enfrentar as questões mais complexas da criminalidade difusa, essas sim atingem um maior número de vítimas e causa mazelas incalculáveis no país.

A metodologia utilizada se restringiu a uma descrição do assunto, caracterizando-se como um estudo essencialmente teórico, alicerçado na óptica de alguns estudiosos do Direito, dentre os quais podemos ressaltar Dinamarco (s.r), Grinover (1990), Miranda (1988), Pisani (1982), Rocha (2001), dentre outros que foram significativos para o nosso referencial teórico.

O trabalho foi dividido, didaticamente, em capítulos que passamos a delinear rapidamente.

No primeiro capítulo, abordamos o monopólio da jurisdição/processo,

reportando-nos a uma análise do processo e das fases metodológicas do direito processual. No segundo capítulo referimo-nos à criminalidade difusa e no terceiro falamos da criminalidade aparente, seguindo a nossa linha de pensamento, falamos no quarto capítulo, das deficiências das instituições, no quinto capítulo, nos reportamos à justiça criminal, no sexto capítulo nos ocupamos com os modos de controle da criminalidade e finalizamos analisando o papel do Ministério Público frente ao desenrolar do processo.

Esperamos ter dado uma contribuição significativa e esclarecedora a respeito do tema, sem, contudo, acharmos que as abordagens aqui feitas estão conclusas, mas deixamos em aberto, para que possamos aprofundar em trabalhos futuros ou para que outros colegas possam, também, analisá-lo com maior profundidade.

CAPÍTULO I

MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO/PROCESSO

1.1 Do Processo

O monopólio da jurisdição pelo Estado impôs a necessidade de se tutelar constitucionalmente o acesso aos órgãos jurisdicionais e a garantia do devido processo legal.

No desempenho de sua função jurídica o Estado regula as relações intersubjetivas de forma distinta. A legislativa é a função estatal que estabelece as normas que, segundo o entendimento dominante, devem regular as mais variadas relações, determinando o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, deveres, faculdades, obrigações. A função jurídica do Estado, consiste na Jurisdição, na qual o Estado, através do processo, vai assegurar a prevalência do direito material.

A exclusividade estatal veio com o fortalecimento do Estado, após a evolução do direito romano e ao longo dos séculos, aliado à consciência essencial da função pacificadora.

Assim, o monopólio da jurisdição pelo Estado, gerou a necessidade de se tutelar constitucionalmente os direitos fundamentais, a forma de acesso aos órgãos jurisdicionais e as garantias de ordem processual.

Atualmente, o monopólio da Jurisdição está consagrado na Constituição Federal Brasileira, artigo 5º, XXXV. Tal garantia assegurou aos jurisdicionados a inafastabilidade da jurisdição.

Na lição do Prof. Jorge Miranda *antes de ser uma conquista do Estado de Direito, constitui um sinal de civilização jurídica o funcionamento dos meios*

*jurisdicionais de defesa e efetivação de direitos*¹.

Convém lembrar a lição da Professora Ada Pellegrini Grinover², como a *jurisdição se exerce através do processo, pode – se provisoriamente conceituar este como instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca da solução.*

Ensina o professor Cândido Dinamarco,³ que a *Constituição age sobre o processo, garantindo-lhes os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente sobre os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico.*

Na Roma antiga, os juristas mais destacados sistematizaram os textos das leis mais importantes na *legis actions* e no *corpus juris*.

Na média idade, a preocupação com o processo era tanta, que os praxistas criaram o slogan de que 'direito é processo', chegando a prevalecer a forma sobre o conteúdo.

Após o século XIX, as preocupações dos governantes se voltaram para a elaboração de códigos. Napoleão deu o maior exemplo com o Código Civil de 1808 e Código Penal de 1810, este após quase dois séculos de vigência foi revogado.

A justiça lenta e tardia, sempre foi o tormento da incessante luta da sociedade pela efetiva prestação jurisdicional. Com a crescente complexidade nas relações humanas, os legisladores sentiram a necessidade de elaborarem um código de processo.

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra editora, 1988: 254.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5. ed., São Paulo [s.r.].

1.2 Fases metodológicas do direito processual

A história do direito processual viveu três fases metodológicas.

A **primeira fase** ocorreu até meados do século passado, quando o processo era considerado como mero meio de exercício de direitos, daí a expressão 'direito adjetivo', atualmente, incompatível com a autonomia do direito processual. Tinha-se até então o entendimento que a ação era o próprio direito subjetivo lesado. Na realidade não se tinha a consciência entre a autonomia da relação juridical processual e a relação jurídica de natureza substancial.

As transformações políticas e sociais que ocorreram na Europa foram capazes de alterar a formula das relações entre o Estado e o cidadão, sendo tal fato responsável pelas primeiras preocupações em definir os fenômenos do processo. A polêmica provocada entre os planos substancial e processual, gerou uma reação em cadeia que levou a uma tomada de consciência da autonomia da ação e em consequência dos demais institutos processuais. Inicialmente questionou-se o tradicional conceito de ação e afirmou-se a sua grande diferença: ela não é instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mais ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdictional.

A **segunda fase**, chamada autonomista foi caracterizada pelas valiosas teorias de direito processual, Tal período que durou praticamente um século foi de estudos científicas especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais.

A **terceira fase** do direito processual e atual, é a chamada instrumentalista. **Nesta fase o processualista moderno tem uma postura eminentemente crítica diferente da segunda fase.** É que os estudiosos chegaram à consciência crítica que, pelo aspecto técnico-dogmático a ciência evoluiu extraordinariamente, mas o sistema processual continua falho quanto aos resultados práticos. A preocupação maior no momento é com o aprimoramento do sistema processual.

A doutrina contemporânea tem se posicionado no sentido de estudar o processo a partir do ângulo externo, ou seja, examiná-lo em seus resultados concretos.

O grande avanço dado na terceira fase foi, justamente, a tomada de consciência da necessária postura investigatória em busca das mazelas do sistema.

A mudança de mentalidade dos nossos doutrinadores foi e é fundamental para a conseqüente influência na sociedade jurídica como um todo (Juiz, Promotor de Justiça e advogado).

CAPÍTULO II

CRIMINALIDADE DIFUSA

Vamos começar pelo conceito da criminalidade difusa. A criminalidade compreende duas grandes categorias: a criminalidade comum ou convencional e a criminalidade difusa ou colarinho branco.

Inicialmente é necessário avaliarmos a criminalidade sob dois aspectos. Um deles é a criminalidade aparente (crimes comuns) o outro é a criminalidade difusa (crime de colarinho branco – crime organizado), aumentando assim a consciência crítica, para enfrentarmos a diversidade de crimes.

A criminalidade difusa ou criminalidade do colarinho branco, tem por objeto basicamente o abuso do poder econômico. No Brasil, o abuso do poder econômico é fundamentalmente definido em três diplomas legais: a lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro, a lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que define os crimes contra o consumidor e lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem econômica.

Para compreendermos a criminalidade difusa devemos falar um pouco dos seus autores e das suas consequências. Os autores dessa criminalidade são sujeitos dotados de poder econômico; as suas decisões são tomadas no âmbito das empresas, normalmente assumem a forma colegiada e envolvem, portanto, as pessoas jurídicas; os seus resultados atingem um número indeterminado de pessoas e por isso se difundem pela comunidade social, e daí o nome de criminalidade difusa, lesionando múltiplos bens jurídicos como a vida, a saúde, a integridade, o patrimônio individual e coletivo, a ecologia, a segurança do trabalho etc.

Vê-se que, os autores dos crimes no mundo dos negócios ou no mundo político, no exercício de funções públicas sequer são considerados criminosos. O tráfico de influência, a corrupção em licitações, as fraudes bancárias, os negócios

ilícitos nas privatizações, o desvio de verbas (FUNDEF), o abuso das prerrogativas, a desonestidade funcional e, principalmente, um absoluto desprezo a moralidade pública são o traço comum dos crimes inatingíveis.

Dentro desta linha, eu não tenho dúvida em afirmar também, que a criminalidade organizada deve merecer a nossa especial atenção. Acontece que, a nossa legislação penal e processual penal está dirigida para as condutas **anti-sociais individuais**, quando sabemos que o avanço da criminalidade foi no sentido da organização dessas atividades.

Além dos próprios **autores** das condutas penalmente ilícitas, a criminalidade organizada tem um perfil de uma verdadeira empresa. Dela participam e com ela colaboram agentes e autoridades policiais, integrantes da classe política, autoridades de todos os poderes e até eventual, excepcionalmente, membro do Poder Judiciário ou do Ministério Público.

A criminalidade organizada evolui cada vez mais, especialmente em razão da absoluta ineficácia da persecução penal. E aqui dentro da ineficácia da persecução penal, para esse tipo de criminalidade, todos nós devemos assumir a nossa responsabilidade. Todo o aparelho de persecução penal tem a sua parcela de responsabilidade, a Polícia Judiciária, o Ministério Público, a Justiça Criminal, sem qualquer dúvida. E, por outro lado, a corrupção policial e política permeiam estas atividades e permitem que elas alcancem níveis insuportáveis e intoleráveis de impunidade.

Não tenho dúvida também que um aspecto que deve ser considerado é a participação dessa criminalidade difusa não aparente no campo político-eleitoral. O passo seguinte visado por essas organizações criminosas, que ainda não alcançaram no nosso país aquele perfil da máfia italiana, nem tão pouco dos cartéis da Colômbia, exatamente porque esse passo não foi dado, é a influência no processo político-eleitoral. Mas nós também sabemos, da existência em vários Estados da Federação, de vereadores, deputados estaduais, federais e prefeitos, eleitos com o apoio financeiro da criminalidade organizada. E a fiscalização desse processo eleitoral viciado ainda está muito longe do ideal.

CAPÍTULO III

CRIMINALIDADE APARENTE

A experiência tem demonstrado que a criminalidade aparente, ou seja, aquela que tem como autores, os pobres, das favelas, é que estão na mira do aparato policial-judiciário repressivo e que são alcançados cotidianamente pela persecução penal. Enquanto a criminalidade difusa, cujos autores pertencem as classes sociais mais favorecidas são praticamente imunes à repressão penal, livrando-se com facilidade em todos os níveis, inclusive e principalmente, através da corrupção da persecução penal. E ainda, a criminalidade convencional, formada por aqueles que não são alcançados, que financiam o tráfico de entorpecentes, que oficialmente são responsáveis pela importação de armas e munições, as mais sofisticadas possíveis.

É importante ressaltar que, a criminalidade difusa praticada contra a coletividade mina cada vez mais a criminalidade aparente. É que o a concentração de renda torna os pobres mais pobres, pois lhes falta tudo, ou quase tudo, empurrando uma parcela cada vez maior dessa classe social menos favorecida para o submundo do crime (prostituição, crime contra o patrimônio e outros).

É difícil no modelo econômico estabelecido qualquer ação ao combate a violência, na medida em que esta é produzida e reproduzida pelo próprio sistema.

CAPÍTULO IV

DEFICIÊNCIA DAS INSTITUIÇÕES

O processo de criminalização mais exatamente do ponto de vista dessa seletividade, ou seja, do funcionamento desse sistema de filtragem com o setor da criminalidade do colarinho branco, com o setor dos crimes contra o sistema financeiro, por duas razões. Uma, porque os crimes contra o sistema financeiro são a forma mais característica e representativa dos crimes do colarinho branco. Duas e mais importante, é que, segundo a pesquisa de uma criminóloga que é Procuradora da República, a Dra. Ella Viecco Volkman de Castilho, algumas instituições de certa forma contribuem significativamente para o não controle da criminalidade do colarinho branco no Brasil, e que toma como tema da pesquisa precisamente os crimes contra o sistema financeiro.

Citaremos três informações dessa pesquisa. No processo de criminalização nos casos de crime contra o sistema financeiro, atuam as seguintes instituições: o Banco Central, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e a Justiça Federal.

O Banco Central é a instituição incumbida da fiscalização do funcionamento das instituições financeiras, e os dados indicam que frequentemente o Banco Central não cumpre a função de fiscalizar, ou, quando fiscaliza, o faz de forma deficiente. No caso do Banco Econômico, o Banco Econômico já se encontrava em dificuldades financeiras em 93 com um passivo de 50 milhões de reais com assistência do Banco Central. Esse passivo no ano de 94 se expandiu para 1 bilhão e 700 milhões de reais e em 95, com a intervenção do Banco Central e o inquérito realizado, se verificou a existência de operações fraudulentas de transferência de recursos do Banco Econômico para outras empresas que determinaram o endividamento do banco e a sua situação de insolvência. Primeiro indício do processo de filtragem.

No caso do Banco Nacional isso ainda foi mais grave. O Banco Nacional

operou com centenas de contas falsas, cujos titulares eram empresas falidas, concordatárias ou extintas. Essas contas estavam em operação desde 1987 e somente foram detectadas pelo Banco Central em 1995. Para se ter uma idéia do significado disso, basta se pensar que, entre Janeiro de 95 e outubro de 95, essas contas falsas drenaram do Banco Nacional mais de 2 bilhões de juros indevidos. E mais, os titulares dessas contas não tinham acesso financeiro a esses dados, que eram reservados à vice-presidente de contadoria do banco e ao seu controlador financeiro.

Mas os filtros são ainda mais amplos. É o sistema, a seletividade que permite passar, vazar essa criminalidade. O Banco Central frequentemente não comunica, como deve comunicar por força de lei, a ocorrência de crimes ao Ministério Público Federal. Isso ficou caracterizado pelo menos em duas hipóteses, no caso do Banco Ourinvest e no caso do Banco Codemin. Se o Ministério Público não recebe a informação de quem tem acesso a essa informação, evidentemente que a ação penal não pode ser proposta. O sistema de filtros continua.

Ainda no âmbito do Banco Central, o Banco Central detém o poder discricionário ainda em relação ao desencadeamento ou não do processo de criminalização. Esse poder discricionário é exercido nos seguintes casos: quando o infrator se dispõe, por exemplo, a ressarcir os prejuízos causados. Imaginemos o inverso, que o estelionatário pretendesse extinguir a punibilidade do crime cometido se dispondo a indenizar a sua vítima, ou que o ladrão identificado pela polícia pretendesse fugir à pena se dispondo a restituir o objeto furtado à sua vítima. Isso não vale para a criminalidade comum mas vale para a criminalidade do poderoso.

A outra hipótese é a de existência de relação política entre o infrator e o poder, de forte relação entre o infrator e o poder político. E isso significou no caso do Banco Banespa, assim como também no caso do Banco Nacional e do Banco Econômico.

A instituição seguinte é a Polícia. Um dado verificado e comprovado por essa pesquisa é de que a Polícia Federal leva em média dois anos e meio para concluir um inquérito no caso de crime contra o sistema financeiro. Ou seja, existe caso em

que o inquérito é concluído em um ano e outros em que ele leva quatro anos para ser concluído. O primeiro resultado freqüente é a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. O segundo é a inviabilização de produção de prova pericial, no caso em que seja necessária, para fundamentar ou a acusação ou a condenação, cinco anos depois.

No âmbito da Polícia existe ainda um outro modo de filtragem da criminalidade de colarinho branco. É o poder detido pela polícia de desencadear o processo de criminalização, dependendo de duas variáveis. A primeira é o poder do infrator. E podemos aqui estabelecer uma lei: quanto maior o poder do infrator, menor a probabilidade de indiciamento no inquérito. A segunda é a gravidade do crime. Todavia, para a polícia, crimes do colarinho branco não são crimes graves. Assim, por exemplo, se um sujeito emite um cheque sem fundo e dá um prejuízo, digamos, de 500 reais a um comerciante, ele produz um crime grave. Mas se um banqueiro dá um prejuízo de 500 milhões de reais, ele não produz um crime grave. Esses são os critérios.

A seguir, vem o Ministério Público. No Ministério Público, o sistema de filtragem, ou a seletividade, que estaria relacionado ao seu poder discricionário de propor, ou não propor, a ação penal. Um poder que o Ministério Público deve ter e que não pode ser lhe tirado. É dele a decisão de propor ou não propor a ação penal. Se não existe prova da existência de crime, não há indícios suficientes da autoria, conseqüentemente não promove a ação penal.

É importante citar aqui uma referência estatística que, no Brasil, deixamos de considerar porque os dados aqui não são confiáveis, mas levo em consideração a Alemanha e a França. Na Alemanha, 70% dos crimes do colarinho branco, 70% dos inquéritos dos casos de crime do colarinho branco, são arquivados por iniciativa do Ministério Público. Na França, dois terços dos inquéritos dos casos de crime de colarinho branco são arquivados por iniciativa do Ministério Público. Então eu pergunto: será que 70% ou dois terços dos inquéritos dos crimes comuns são arquivados por iniciativas do Ministério Público?

No Poder Judiciário o sistema de filtros também não é diferente. Desde que a teoria social definiu o Poder Judiciário como subsistema do sistema político mais global, que não se pode mais afirmar com seriedade a tese de neutralidade do Poder Judiciário. O Poder Judiciário não é neutro. Ao contrário, a atribuição diferenciada da qualidade negativa de criminoso marca a atuação do Poder Judiciário conforme o poder do sujeito objeto dessa atribuição.

Assim, é que o Poder Judiciário reprime a criminalidade do miserável mas é conivente com a criminalidade do poderoso. Esta constatação permitiu a Foucault desenvolver o conceito de gestão diferencial da criminalidade pela posição de classe do autor. Se o sujeito pertence às elites dominantes, está excluído do processo de criminalização, contudo, se pertence às camadas inferiores e dominadas ele é o objeto privilegiado e preferencial da repressão penal.

CAPÍTULO V

JUSTIÇA CRIMINAL

Penalistas e processualistas gastam tinta e papel comentando diversos aspectos de nossa legislação repressiva: determinado dispositivo é constitucional? Aquele outro retroage? Qual recurso cabe daquela decisão?

Na verdade, não se discute a valiosa contribuição para o enriquecimento da doutrina pátria.

A discussão crítica sobre a atuação da Justiça Criminal, no entanto, é menos frequente, se considerarmos sua importância.

É necessário questionar, de forma mais assídua e abrangente, o papel que a repressão criminal deve desempenhar na sociedade brasileira. Afinal de contas, do ponto de vista político e social, para que serve a ação penal? As penas aplicadas vêm cumprindo suas finalidades? Como fazer da Justiça Criminal um meio eficaz de aperfeiçoamento social?

Essas e outras tantas perguntas raramente são debatidas por nossos penalistas e processualistas, que em geral contentam-se apenas em aperfeiçoar a lógica jurídica do sistema penal e processual penal.

É necessário ressaltar que a Justiça Criminal não se constroi apenas com argumentos técnicos-jurídicos. Sem um enfoque político-social crítico, o trabalho do operador do Direito corre o risco de perder o sentido.

Os juristas não podem fugir de uma abordagem instrumentalista da ação penal. É importante discuti-la como um instrumento para a aplicação da lei, numa perspectiva de pacificação social e de aperfeiçoamento da sociedade, com o

objetivo de reprimir condutas que se mostrem nocivas aos valores mais caros para os cidadãos.

Nesse sentido, como a elaboração da lei exige uma preocupação com a realidade social que ela visa aperfeiçoar, é preciso considerar que sua aplicação não demanda preocupação menor.

Os operadores do Direito devem ver no *ius puniendi* uma oportunidade de aperfeiçoamento da sociedade brasileira através da repressão de condutas que, por razões de ordem sócio-política, sejam consideradas nocivas ao bem comum. A falta dessa perspectiva enseja o risco de transformar os processos judiciais em simples equações, matemáticas e cartesianas, divorciados da realidade e alheios a qualquer objetivo.

Ou será que a Justiça Criminal serve apenas como órgão repressor contra pobres, que insistem em atentar contra o nosso estimado patrimônio?

CAPÍTULO VI

CONTROLE DA CRIMINALIDADE DIFUSA

Na verdade a criminalidade difusa cujo controle é praticamente inexistente é que constitui o grande desafio para o início do século, pois com certeza no momento a grande preocupação dos Delegados, membros do Ministério Público e juizes, não é apenas com o tipo de penalidade a ser imposta, mas de que forma alcançar seus autores. E para entendermos exatamente essa criminalidade, precisamos entendê-la do ponto de vista das suas consequências. Ou seja, essa é uma criminalidade que se caracteriza precisamente pela ausência de consequências penais. É a própria e característica criminalidade da impunidade. A criminologia explica essa impunidade de muitas formas. Argumenta, por exemplo, como deficiências da legalidade penal ou porque não existem os tipos penais que definam e incriminem essas condutas, ou porque os tipos penais existentes incriminam de forma tão vaga que permitem todas as evasivas, ou, ao contrário, prevêem tantos elementos normativos que tomam impossível a sua caracterização.

A criminologia fala também na relação entre poder e corrupção. Afirma que a corrupção é inerente ao poder, que o poder corrompe e que no caso do poder absoluto, como dizem os ingleses, essa corrupção é absoluta. Mas a explicação mais consistente é aquela que aponta para as imunidades sociais de indivíduos pertencentes a elites econômicas e políticas da sociedade, que os coloca acima da lei e lhes confere todas as liberdades, especialmente essa liberdade de agir contra o Direito, sem consequências legais.

Essas impunidades são explicadas pelo seu poder pessoal, pelo seu poder político, pelo seu poder econômico, são explicadas pela privacidade das ações delituosas que se realizam nos recintos acarpetados dos escritórios, protegidos e são explicadas, sobretudo, pela cumplicidade das autoridades. Cumplicidade das autoridades administrativas, incumbidas de fiscalizar, cumplicidade das autoridades

policiais, incumbidas do inquérito, cumplicidade das autoridades judiciais, incumbidas da repressão.

E isso nos leva de volta precisamente à questão central que é a questão do controle dessa criminalidade. E quando falamos em controle costumamos distinguir o controle formal do controle informal, o controle social informal do controle social formal. O controle social informal compreende as instituições que atuam no processo de socialização, a família, a escola, a igreja, as associações, os sindicatos, os partidos políticos. São instituições que atuam no processo de socialização. Modernamente se fala muito na influência dos *pars media*, ou seja, dos meios de comunicação, o jornal, o rádio, a televisão, no processo de socialização e de formação da personalidade.

O controle social formal, ao contrário, compreende as instituições que atuam no processo de criminalização, e essas instituições são a lei penal, a Polícia, o Ministério Público, a Justiça e a prisão. A criminologia moderna está convencida de que a característica principal do processo de criminalização é a sua seletividade, ou seja, a existência de um sistema de filtragem que capta a criminalidade comum e deixa passar incólume a criminalidade do poderoso, ou seja, a criminalidade do colarinho branco. Esse sistema de filtragem, ou essa seletividade, atua de modo diferenciado, conforme a natureza da criminalidade. Ela é includente em relação à criminalidade comum e ela é excludente em relação à criminalidade difusa.

Alguns legisladores, diante da crescente criminalidade, cegamente, têm sustentado, posições de agravamento de penas, em que sustentam até a pena capital. Outros argumentam diante desta situação, medidas alternativas. Vejo que o controle da criminalidade não se restringe apenas na maior ou menor sanção a ser aplicada, mas, acredito que a via que deve ser eleita pelo Ministério Público é aquela que objetiva uma efetiva aplicação da lei penal a todos indistintamente, independentemente da posição social e econômica que ocupam.

CAPÍTULO 7

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À CRIMINALIDADE DIFUSA

É preocupante observarmos que a efetividade do processo, através de sua instrumentalidade, seja através de um procedimento sumaríssimo, como o criado pela lei nº. 9.099/95 ou mesmo através do procedimento ordinário e leis especiais, não alcançam a criminalidade difusa.

Essa criminalidade, no âmbito das consequências ou da aparente ausência de consequências, é também explicada por deficiência de natureza processual penal, especialmente em relação à prova dos fatos. E essa deficiência da natureza processual penal em relação à prova dos fatos está de alguma maneira vinculada a exigências ou a garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito em relação ao processo legal devido. Garantias que são absolutamente necessárias e indispensáveis mas que tem esse efeito desagradável de permitir a impunidade dos crimes dos poderosos.

É papel determinante a consciência crítica dos estudiosos, no sentido de apontar falhas no sistema, que fatalmente impedem a efetividade do processo.

Já vimos, que o Brasil passa, hoje, por problemas sociais e legais. A criminalidade continua aumentando, principalmente aqueles que causam danos irreparáveis ao país e à sociedade.

No âmbito da criminalidade difusa, a criminologia argumenta com razões de natureza econômica e financeira, falando por exemplo no lucro, na relação entre lucro legal e o lucro ilegal, ou seja, na interpretação entre a circulação legal e a circulação ilegal do capital.

Porem, as deficiências da legislação penal e processual penal em nosso país não devem, embora sejam notórias e flagrantes, servir de pretexto ou justificativa para a omissão das instituições. Assim, vem a pergunta: Como o Ministério Público pode contribuir para o controle desta criminalidade difusa? Não temos dúvida de que esse controle passa, efetivamente pelo nosso Ministério Público. Não há outra forma de enfrentamento desta criminalidade a não ser pelo aprimoramento e pela permanente ação do Ministério Público como instituição e de cada um de seus integrantes em particular.

A primeira delas é no sentido de que o controle da criminalidade difusa passa necessariamente por uma atuação corajosa do Ministério Público. Não é uma tarefa fácil. O Ministério Público terá que enfrentar resistências de toda natureza, de todos os segmentos sociais, de todas as autoridades, da classe política.

Em segundo lugar, o Ministério Público deve tomar sempre a iniciativa dos procedimentos de natureza investigatória. Quer dizer, deixando de lado qualquer posição doutrinária constitucional que surja a respeito da exclusividade das autoridades policiais a esse respeito. O Ministério Público deve assumir as investigações, criando procedimentos de natureza inominada ou então utilizando o inquérito civil para a apuração de delitos penais. Temos que buscar caminhos nesta persecução desse tipo de criminalidade.

Em terceiro lugar, aquilo que é mais importante para nossa instituição que é a denúncia. Não há nada tão importante dentro das atribuições do Ministério Público do que o oferecimento da denúncia. Este instrumento importante tem que ser utilizado sempre sob pena de sermos responsabilizados por omissão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criminalidade convencional se apresenta basicamente através da violência pessoal, patrimonial e sexual que preenche diariamente as páginas dos jornais e alimenta os programas sensacionalistas de TV. Os seus autores são os marginalizados sociais, sujeitos qualificados pelos seguintes déficits: pela sua inferioridade econômica, pela sua fragilidade política e pelas suas deformações pessoais. Fragilidade política porque eles estão desorganizados e excluídos do poder. Inferioridade econômica que permite explicar o seu comportamento como uma reação irracional de sujeitos continuamente em condições sociais adversas. E deformação como o produto das condições permanentes de exploração, de opressão e de privação em que vivem. Nós não vamos examinar essa criminalidade, mas ela vai estar como que constituindo pano de fundo do que vamos falar.

Entretanto, a criminalidade desconhecida e principalmente a criminalidade conhecida mas não denunciada são incomparavelmente mais extensas e sérias do que esta criminalidade aparente. Esta, paradoxalmente, constitui o resultado de um processo de marginalização que realiza, com suas injustiças e desigualdades, o sistema vigente da Justiça criminal. As estatísticas de condenações pela natureza das infrações penais, e aquelas relacionadas com a população carcerária em todo o país, comprovam estas evidências.

Mirabete evidenciou a necessidade de composição entre os vetores do efficientismo, da garantia e da funcionalidade, ao asseverar que mister se fazia um processo penal de melhor qualidade, com instrumentos mais adequados à tutela de todos os direitos, assegurando-se a utilidade das decisões judiciais, bem como a implantação de um processo criminal com mecanismos rápidos, simples e econômicos de modo a suplantarem a morosidade no julgamento de ilícitos menores, desafogando a Justiça Criminal, para aperfeiçoar a aplicação da lei penal aos autores dos mais graves atentados aos valores sociais vigentes.

O aspecto positivo da instrumentalidade do processo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, a tão buscada efetividade.

É importante ressaltar que, para se ter uma visão positiva da instrumentalidade do processo, faz-se necessário estudar o processo pelo ângulo externo ou seja, de fora para dentro. Somente conhecendo os problemas é que podemos ter a consciência da necessidade das soluções.

Não basta afirmar que o processo é um instrumento. O propósito maior é extrair desse método um desdobramento prático, tendo início com uma mudança de mentalidade em que se pondere a funcionalidade e a preserve a garantia para a tutela da dignidade humana. A criação e a implantação dos Juizados Especiais Estaduais e Federais já foi um grande avanço no sentido de desafogar a Justiça Criminal.

Este trabalho, sobre a instrumentalidade do processo e a criminalidade difusa, pretendeu sintetizar que devemos ter um processo de resultados, ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o fim de assegurar a utilidade das decisões, atingindo todos os autores, independente da classe a que pertençam.

Nesse sentido, a ordem judicial tem evoluído, e nela, o processo deve estar apto a cumprir, integralmente, toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo, em toda plenitude, todos os seus escopos institucionais.

Ao concluir, gostaria de exortar aos colegas, Membros do Ministério Público, acerca da necessidade de nos conscientizarmos a respeito da nossa responsabilidade, a qual transcende a uma avaliação ético-jurídica da conduta daqueles que se envolvem em todas as formas de criminalidade.

Trata-se de demonstrar ao *homo medius*, ao homem comum, que o sistema e as instituições, a despeito de todas as suas deficiências pode funcionar. Que a resposta repressiva do Estado não está reservada exclusivamente aos mais fracos. Que não é preciso renunciar-se às garantias democráticas para estender a lei a

todos os delinquentes, estejam onde estiverem, na escala social. Que é possível deter a torrente de ilicitudes que inunda as estruturas do país acobertadas por uma impunidade explícita

Deixamos lançada aqui, a semente para estudos mais aprofundados, que poderão ser desenvolvidos, no sentido do melhor atendimento àqueles que, no dizer de Paulo Freire, pertencendo à grande massa popular, *começam a se procurar e a procurar seu processo histórico. Com a ruptura da sociedade, as massas começam a emergir e esta emergência se traduz numa exigência das massas por participar: é a sua presença no processo* (Freire, 1979: 37).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 5. ed., São Paulo: [s.r].

FREIRE, Paulo. *Ação Cultural para a Liberdade*. Rio de Janeiro: Paz Terra, 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MIRANDA, Jorge. *Manuel de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, p.254.

PISANI, Andréa Proto. *I Rapporti fra Diritto Sostanziale e Processo*. in : *Appunti Sulla Giustizia Civile*, Cacucci, Bari, 1982, p. 42.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.