

MISERABILIDADE E AÇÃO PENAL: UMA (RE)LEITURA CONSTITUCIONAL

Rubens R. R. Casara

Juiz de Direito TJ/RJ, Professor Universitário.

I- Apresentação do problema

A cada dia ocorrem alterações, quantitativa e qualitativa, do conceito de excluído.

Com a globalização, o processo de exclusão de parcela significativa da população mundial tomou-se mais transparente (e eficaz). Na pós-modernidade é possível afirmar, com o respaldo de opiniões das mais variadas correntes de pensamento, *que excluído é todo aquele que está alijado das relações de consumo*. Dito de forma crua e em sintoma com a lógica do sistema: a sociedade existe para o consumo, quem não consome é dispensável.

O presente trabalho visa a analisar a efetividade de limites normativo-constitucionais para conter a exclusão do indivíduo. A partir de um sintoma, do tratamento jurisprudencial atualmente conferido ao artigo 225, § 1º, inciso I, do Código Penal Brasileiro, indagar-se-á acerca da capacidade de resistência das agências judiciais frente à tendência de exclusão acima mencionada.

O marco teórico utilizado neste texto é o constitucionalismo. Assim, o projeto constitucional desenhado em 1988 é testado como obstáculo à exclusão do pobre (hipossuficiente econômico) da relação processual.

A escolha do tema prende-se à constatação de que o Poder Judiciário, na função de último garante dos direitos individuais e transindividuais, deve ser capaz de evitar a exclusão (ao menos) no processo judicial, instrumento destinado à acomodação dos conflitos intersubjetivos. Caso contrário, o retorno à barbárie será inevitável.

II- O paradigma constitucional

Percebe-se a importância da hermenêutica constitucional no campo reservado ao processo penal, diante da afinidade constituição-processo. Este, cujo conteúdo é discutido na melhor doutrina, tem íntima ligação com o direito de liberdade e da dignidade do indivíduo, regulado com preeminência pela Constituição da República.

Por outro lado, a influência de valores constitucionais no sistema penal, em que está incluída a agência judicial, como leciona Palazzo, “exercita-se no campo das relações entre política e direito penal: relações, a um só tempo, estreitíssimas e, potencialmente, conflituosas”.¹

A Constituição da República de 1988 surgiu com a finalidade declarada de recolocar o Brasil nos trilhos da democracia. Assim, todos os diplomas legais foram influenciados pelos valores que inspiraram a nova ordem. Trata-se de um horizonte reestruturativo.

Na atual quadra, em um país de capitalismo tardio no qual as promessas da modernidade não foram cumpridas, as teses procedimentalistas mostram-se inadequadas à realização da democracia substancial, diante da incapacidade (diga-se: deliberada exclusão do caráter transformador da cidadania, o que revela verdadeiro modelo de contra-educação política) dialogal/deliberativa das massas. Por isso, é imprescindível que o ator jurídico, ao interpretar a lei, esteja informado pelos valores constitucionais que indicam as mudanças sociais necessárias, i.e., mostre-se imbuído do desejo de concretizar em cada decisão, em cada ato de poder, o projeto constitucional de vida digna para todos.

Mas, no Estado Democrático de Direito, o que deve o ator jurídico, transformador por definição, fazer com uma legislação anterior de cunho

¹ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 16.

autoritário? Ora, reconhecer que determinadas normas se tornaram de todo imprestáveis e nem chegaram a integrar a nova ordem jurídica. Ao mesmo tempo, declarar que outras podem ser de grande valia, desde que adaptadas aos novos tempos, aos novos princípios reitores. Exige-se, portanto, uma *interpretação conforme a Constituição* e, mais do que isso, uma visão prospectiva do direito, criativa, democrática e interdisciplinar.

III- A visão jurisprudencial: a exclusão (con)sentida

Lembrando Goldschmidt,² para quem a estrutura do processo penal de uma nação indica a força de seus elementos autoritários e liberais, pode-se recorrer à análise da jurisprudência desse ramo do direito para avaliar o conteúdo democrático da sociedade brasileira, posto que também as normas processuais não podem ficar imunes aos valores substanciais encartados no pacto fundante.

Uma questão que abstrai conquistas históricas obtidas na caminhada pela democratização do processo, diz respeito ao alcance e conteúdo do artigo 225, § 1., inciso I, do Código Penal, que trata da legitimidade para propor a ação penal, nos crimes contra os costumes, nas hipóteses em que a vítima ou seus pais não podem prover as despesas com o processo.

A matéria não tem sido questionada nos tribunais, como se percebe da leitura das seguintes ementas:

Estupro. Miserabilidade da vítima: a pobreza pode ser demonstrada pelos meios de prova em geral. Conceito de pobreza no sentido legal. Representação feita pela mãe da ofendida: não se exige a observância de formalidades, importando, apenas, que se caracterize a manifestação de vontade do ofendido, ou de seu representante legal. (STF, HC 70.184/RJ, Rel. Marco Aurélio, DJU, 8.10.1999). Além da representação é indispensável para que pública se torne a ação tendo por objeto o delito de atentado violento ao pudor sejam a vítima ou seus pais miseráveis, no sentido legal do termo, isto é, que não possam prover as despesas do processo 'sem privar-se dos recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família', consoante redação do artigo 225, § 2º, do CP. (TJSP - AC - Rel. Onei Raphael- RT 566/307).

² GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p.67.

No mesmo sentido, tem sido a posição predominante no Ministério Público, como se lê em parecer da lavra de Ferrer: “Afirmada a miserabilidade, a ação penal relativa aos crimes apurados no feito passa a ser pública condicionada à representação”.³

IV- Uma proposta inclusiva

Todavia, viola a razoabilidade dos atos legislativos e, portanto, é inconstitucional que fatores meramente econômicos possam alterar a *legitimidade* e a própria *natureza da ação penal* condenatória, máxime após o processo histórico que culminou com a constitucionalização da Defensoria Pública.

Como se sabe, a ação penal privada (*rectius*: ação penal de iniciativa privada) é regida pelo *princípio da oportunidade*, do qual derivam inúmeras conseqüências de ordem material e processual (v.g., a *disponibilidade* da persecução penal), o que potencializa a necessidade de *critérios razoáveis* para diferenciá-la da ação penal pública, esta sujeita ao binômio obrigatoriedade/indisponibilidade.

Distancia-se dos anseios igualitários traçados pelo paradigma constitucional de 1988 que ao processado por um crime de estupro cometido contra vítima integrante da “classe baixa” não sejam facultados os efeitos dos institutos da perempção, perdão do ofendido, desistência da ação, sem contar as esdrúxulas hipóteses de extinção da punibilidade em razão do casamento da ofendida.

Vê-se que o tratamento diferenciado gera reflexos tanto na esfera da vítima quanto do acusado. Os efeitos processuais dessa distorção acabam por representar nova exclusão daqueles que protagonizam o drama que origina o processo penal. Por um lado, priva-se o acusado de legítimas possibilidades de ver prevalecer seu *status libertatis*, por outro suprime-se da vítima pobre uma das formas de exercício da cidadania no campo penal. Vitimizada por sua condição social e pelo crime, a ofendida é, ainda, furtada de facultades processuais, o que a toma, por vezes, refém do processo.

O dispositivo legal em questão, se razoável à época de sua elaboração, perdeu progressivamente sua justificação constitucional, na

³ FERRER, Flávia. *Escritos de direito e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 159.

medida em que a Defensoria Pública foi se estruturando no Estado brasileiro. Aliás, a Defensoria Pública é o único órgão estatal com atribuição oriunda da Carta Magna para a prestação de assistência jurídica aos hipossuficientes. Basta a leitura dos artigos 134 e 129, a **contrario sensu**, da Constituição da República, para percebermos que o artigo 225, § 1º, inciso I, não resiste a uma filtragem constitucional e não foi, portanto, recepcionado.

Sem dúvida, a assistência técnica de defensor público, profissional habilitado em concurso público, garante à ofendida (e à sociedade) meios legítimos de ver prevalecer a pretensão punitiva.

Por outro lado, nos lugares em que a Defensoria Pública não estiver estruturada, nada obsta que o *parquet* faça suas vezes. Todavia, tal atuação estaria subordinada aos princípios que regem a persecução penal de iniciativa privada e teria natureza provisória.

Nessa hipótese, surgiriam dois fenômenos do moderno constitucionalismo: a) a inconstitucionalidade parcial, posto que a situação econômica da ofendida não é causa constitucionalmente adequada à alteração da principiologia que rege a ação penal; b) a inconstitucionalidade progressiva da legitimação do Ministério Público. Ou seja, na medida em que as Defensorias Públicas forem se sedimentando no território nacional, a atuação do Ministério Público passa a retratar usurpação de função e afronta às diretrizes do texto maior.

Apesar da origem comum, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por expressa disposição constitucional, possuem atribuições distintas. Essa divisão de funções tem como um de seus fundamentos a necessidade de repartição do poder, base da república e princípio da democracia. Pensar o contrário é embarcar na ingênua tese da *bondade do poder*, fonte inesgotável de opressão e autoritarismo.

V - Conclusão

Não se nega que a ação penal privada representa um desvio à regra democrática inscrita no artigo 129, inciso I, da Carta Magna. Outrossim, se é verdade que a publicização da atividade acusatória, proporcionada pela legitimidade ordinária do Ministério Público para o exercício do direito (ou melhor, dever) de ação penal, atende melhor aos interesses da racionalização da persecução penal, é igualmente correto afirmar que o instituto da ação penal privada não atenta contra

o sistema acusatório e as demais diretrizes da Constituição da República, conforme se depreende do artigo 5º, inciso LIX deste diploma.

Em suma, a exclusão da vítima da relação processual, por razões econômicas, não encontra qualquer tipo de justificção teórica à luz da normatividade constitucional. A aplicação acrítica do artigo 225, § 1º, inciso I, do Código Penal, por sua vez, concretiza inaceitável violação ao princípio isonômico. Assim, cumpre aos operadores jurídicos comprometidos com a realização do projeto constitucional expurgar tal dispositivo do ordenamento jurídico brasileiro e (re)legitimar a atuação da ofendida pobre na causa penal. 