

## DIREITO PENAL E POLÍTICA (\*)

**Luiz Vicente Cernicchiaro**

*Professor da Universidade de Brasília  
Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

1 - O Direito reclama pluralidade de pessoas. É relação intersubjetiva. Conhecida a imagem de Robison Crusoe; enquanto sozinho na ilha deserta, não podia reclamar nada de ninguém e ninguém dele exigia coisa alguma. Com a chegada de Sexta-Feira tudo mudou. Formou-se vínculo entre ambos. Surgiu o Direito.

2 - Do Direito primitivo, cujas normas resultavam dos usos e costumes, a pouco e pouco, passou-se para a elaboração de lei. Formalizou-se a norma. A formalização da norma penal evidencia a procedência do argumento. Bettiol, "Em tema de relações entre a política e o Direito Penal" (*Estudo de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, Rio, 1962, p. 85) escreveu: "Em verdade, se por alguns, especialmente no período do totalitarismo político, o Direito Penal foi considerado só em função exclusiva de determinada política, é necessário estar muito atento, para não cair no equívoco tão fácil de considerar que o Direito Penal deriva somente de uma matriz política: seja complexo de regras políticas e tenda somente a finalidades políticas".

Efetivamente, a sistematização do Direito Penal, de que resultou o princípio da anterioridade da Lei Penal é responsável pela rigidez da extensão do tipo. O liberalismo, visando a resguardar o direito de liberdade, limita, restringe o conceito do crime. Tudo em homenagem ao direito de liberdade. Repudiou-se, então, a analogia *in malam partem*. Deixaram-se de lado, entretanto, maiores considerações a respeito do sujeito ativo, ou seja, o – homem. Não se buscaram as causas da criminalidade, a não ser partindo do pressuposto do *livre-arbitrio*. Dessa forma, o grande protagonista do delito não ganhara a devida importância. Somente com o surgimento da criminologia (período científico), conseqüência de investigações, de que são ilustração a Psiquiatria de Pinel (1745-1826), a tese da "locura moral" do criminoso de Pichard e Despine, a Antropologia de Broce e Thompson, com referência obrigatória aos trabalhos de Darwin (1809-1882). Coube à Escola Positiva

---

(\*) *Palestra proferida durante o IV Seminário Internacional do IBCCrim*

estimular a busca das causas da criminalidade, realçando-se, dentre outras, obra de Lombroso, Ferri e Di Tullio. Enquanto a Escola Clássica se preocupava em realçar “quem” é criminoso, a Escola Positiva voltava atenção para explicar “porque alguém comete o delito”.

Ambas as colocações têm seu mérito. De um lado, limita, até certo ponto, o arbítrio do Estado, de outro, projeta a dimensão do homem para melhor ajustá-lo ao esquema do fato-infração penal.

Não se tocara, entretanto, no ponto fundamental, de certo modo tratado por Garofalo ao enunciar o conceito de crime natural.

Estou convencido, qualquer raciocínio para analisar e, daí, extrair as respectivas consequências, fato – infração penal, deve partir do conceito material de delito para, em seguida, estabelecer a reação social.

3 - Hoje, apesar de todas as recomendações, fundamentalmente, prevalece o brocardo - **punitur ut peccatum est**. Há, infelizmente, quase sempre a mera preocupação de definir o crime e identificar o agente. Com isso. A consciência jurídica se tranqüiliza, e, em nível meramente formal se faz a adequação – *crime/pena*.

Desconsidera-se, embora se saiba, que o fenômeno – *infração penal* só ocorre na sociedade e ganha relevo de interesse coletivo. A sanção criminal, ao contrário da sanção civil, não é meramente reparatória. Não se confunde também com a sanção administrativa, de cunho e explicação disciplinar.

A sanção penal conjuga-se com o interesse da sociedade.

A sanção civil dimensiona o dano material, ou moral. A sanção disciplinar tem o limite no bastante para desestimular o agente público a não repetir a falta.

A infração penal e a respectiva pena têm, como pressuposto, respectivamente, a – *necessidade* – e realizar o - *interesse público*; de um lado, que não haja delitos, de outro, a sanção corresponder também ao interesse social.

4 - Aqui, urge acentuar importante particularidade. Observe-se a infração penal. Retome-se ao que foi obstáculo antes – infração penal do ponto de vista material.

As normas culturais separam as condutas em dois setores: aprovadas e reprovadas, conforme se adaptem, ou atrem com o sentido axiológico. Sem dúvida, dispensa maiores anotações, resultam do juízo de valor histórico.

Toda infração penal é conduta refutada pela sociedade. Mais, ou menos intensamente, pouco importa. Daí, enquanto houver divergência entre as

peças, sempre haverá comportamento contrário do permitido, ou tolerado (até que um dia – não se sabe quando – deixar de haver divergências, conflito. Evidente, pelo menos hoje, numa sociedade utópica).

O ilícito penal, dessa forma, é constante na sociedade atual, como foi nas sociedades anteriores.

Gera, em consequência, reação. A literatura penal aponta o período da vingança pública, da vingança privada, intercalada a justiça de talião, e, hoje, o período científico.

Ainda predominantes os princípios da anterioridade do delito e da prévia definição também da pena. A conquista é inalienável. O esquema penal precisa ser pré-estabelecido, a fim de evitar as soluções casuísticas, registradas na história, ensejando ao mais poderoso vingar-se do mais fraco.

Conquistou-se a predeterminação do crime e a predeterminação da pena. Repita-se: presença do iluminismo. Não se conquistou, entretanto, o que se propõe com a individualização da pena. Tão importante que elevada a nível de garantia constitucional.

Mais uma vez, necessário distinguir o aspecto formal do aspecto material. O primeiro restrito ao esquema normativo. O segundo, preocupa-se com a repercussão pessoal e social da individualização da pena.

Nesse ponto, sem dúvida, reside o centro das considerações.

O Juiz, resultante da preocupação formal, resta preso a esquemas normativos e, como regra, restringe-se a elaborar um silogismo meramente formal. Aqui, mais uma vez, o iluminismo se faz presente. “*Le juge est la bouche de la loi*”, repetia Rousseau. Evidente a desconfiança ao juiz. Deveria, tão só, reproduzir o comando da lei. A Escola da Exegese insiste, intransigentemente, a confundir o Direito com a lei. Daí, a desconfiança com os juizes: poderiam, com a interpretação, criar outra lei, o que seria abuso. Chegou-se, nessa linha, a proibir a interpretação, como resguardo de arbitrariedades.

FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal Português*, Aquitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pág. 192/197) analisa a “Discricionariedade e vinculação na determinação da pena” e registra que, em Portugal é “jurídico-constitucionalmente vinculada”. Literalmente, afirma:

*“Uma responsabilização total do juiz pelas tarefas de determinação da pena significaria uma violação do princípio da legalidade da pena (CRP, art. 29º, I) ou, quando menos, do princípio da sua determinação (CRP, art. 30, I). A propósito, pode suscitar-se a questão de saber se a indicação pelo legislador de uma qualquer moldura penal – máxime, da que*

*oscile entre o mínimo e o máximo legais da espécie de pena respectiva – cumpre já a exigência jurídico-constitucional de legalidade e determinação da pena. Em princípio, não parece haver razões decisivas para uma resposta negativa, salvo porventura quanto a uma pena de prisão cuja moldura fosse, p. ex.; de 1 mês a 20 anos” (pág. 193).*

Aqui, chega-se ao ponto fundamental, decorrente desta pergunta: a atividade jurisdicional, no aplicar a pena, é vinculada ou discricionária?

O autor mencionado registra:

*“Ao juiz cabe uma dupla (ou tripla) tarefa, dentro do quadro condicionante que lhe é oferecido pelo legislador. Determinar, por um lado, a **moldura penal abstrata cabida aos factos** dados como provados no processo. Em seguida, encontrar, dentro desta moldura penal, o **quantum concreto da pena** em que o arguido deve ser condenado. Ao lado dessas operações – ou em seguida a elas – , deve escolher a **espécie ou o tipo de pena** a aplicar concretamente, sempre que o legislador tenha posto mais do que uma à disposição do juiz”.*

5 - Faz-se necessário definir a – discricionarietà.

A cominação da pena estabelece **in abstracto** a qualidade e a quantidade da **sanctio iuris**. O art. 59 do Código Penal estabelece cumprir ao juiz fixar a pena **in concreto** dentro a qualidade e espécies das sanções cominadas.

No tocante à configuração do crime, a atividade do juiz é *vinculada*. O agente não pode responder senão pela infração penal praticada, evidenciada pelos elementos do conjunto probatório. O magistrado não pode tratar como homicídio o que é lesão corporal seguida de morte, ou considerar o crime simples como se qualificado fosse.

A aplicação da pena reclama, no particular, algumas considerações prévias.

Antes de mais nada, deixar esclarecido, expresso o conceito aplicado de – *discricionarietà*.

A vinculação do magistrado deve ser vista em dois planos: num primeiro momento, como ocorre com a caracterização do ilícito penal, o juiz não tem liberdade de decisão (opção normativa), como, atrás, restou esclarecido.

No tocante à individualização da pena, cumpre distinguir dois momentos: em primeiro lugar, mercê do – **nulla poena sine lege** – o réu não pode ser submetido senão ao esquema preestabelecido, antes da prática do

delito. Quando o magistrado, nos limites da cominação legal, fixa o **quantum** definitivo, sem dúvida, atua discricionariamente. Não pode ultrapassar o **quantum** máximo, nem impor sanção mais severa, seja relativamente à espécie como à quantidade cominada. A discricionariedade, contudo precisa ficar bem delimitada. A lei ao registrar o máximo da cominação limita a discricionariedade; configura liberdade de ação nos limites da definição legal.

A individualização da pena é atividade complexa. Registra dupla colocação. A extensão da pena é preestabelecida, antecipadamente registrada na lei. Todavia, a busca material (não pode ser simplesmente formal) é deixada à livre investigação do juiz. Somente assim, alcançar-se-á, **materialmente**, a individualização - projeção do fato delituoso **in concreto**.

Neste ponto, ou melhor dizendo, a extensão do instituto, reclama algumas considerações. Antes de enfrentá-las diretamente, porque antecedente necessário, cumpre vincular ao seu antecedente político.

6 - O princípio da anterioridade do crime e da pena, repita-se, decorre do iluminismo. Insista-se preocupado com o direito de liberdade.

A Escola Positiva e as ramificações criminológicas, notadamente de assento sociológico, lançaram preocupação de interesse social. A lei penal precisa compreender também o sentido social da lei. Não basta a lei. Impõe-se aferir o seu significado e promover a crítica da legislação para indagar se outros delitos não deveriam ser incorporadas à lei penal. Nesse sentido, modernamente, a Escola de Chicago, com acento pragmático, buscando, ao lado da investigação da etiologia do crime, oferecer a solução adequada ao interesse social. Nesse contexto, surgiu a figura do crime do colarinho branco, recepcionado por todas as legislações.

A Criminologia moderna opera também a crítica do quadro das sanções penais. E o Juiz, quando dimensiona a sanção ao caso concreto, desenvolve raciocínio e busca subsídios em conclusões criminológicas. Nesse quadrante, a operação judicial é também discricionária, entretanto, distinta da anterior. O poder discricionário, aqui, é mais amplo e obedece a método distinto. Lá, projeta-se um fato qualificado jurídico-penalmente. O fato, ademais, é anterior ao julgamento, embora para a individualização da pena, como circunstância, possa ser ponderado também o comportamento posterior do delinqüente.

A definição e a quantidade da pena, ao contrário, assentam, apesar de referidos a fato acontecido, em juízo de probabilidade. E mais, o que é importante: conjugado com o – *interesse público*.

7 - Insista-se. O **nullum crimen sine lege** busca diretamente o interesse individual e, indiretamente, o interesse da sociedade. O **nulla poena sine lege**, ao contrário, volta-se, diretamente para o interesse da sociedade e, indiretamente, para o interesse individual. Aliás, nessa linha, o disposto no art. 59 do Código Penal, referindo, explicitamente, que a sanção penal se destina à –

*reprovação do crime* e à – *prevenção do crime*. Exigência, aliás, do princípio da proporcionalidade.

A – *prevenção* – na espécie, é específica. A prevenção genérica se efetiva com a publicação da lei penal.

Prevenção implica juízo de valor e juízo de probabilidade. O trabalho é com objeto certo, determinado, fixado, com pormenores na sentença condenatória. Trabalha-se, então, com o esquema normativo, o delinqüente, a sociedade e o juízo de probabilidade.

O Juiz (adiante serão feitas considerações específicas), ao fixar a pena recomendada, trabalha com caso concreto. Diferente do legislador que pensa hipoteticamente. O legislador raciocina com arroba; o Juiz trabalha com gramas, quando não miligramas.

O Juiz desenvolve – *atividade discricionária*. Insista-se. Diferente de quando define o crime, limitado à adequação fática ao modelo legal. Aqui, ao contrário, porque desenvolve raciocínio diferente, voltado para outra finalidade, devendo fazer a subsunção da pena ao interesse social deve, necessariamente, promover a crítica da pena cominada ao fato **sub judice** em função do interesse da sociedade. O referencial, como assinalado, é a – *prevenção da criminalidade*.

O raciocínio encontra um limite: a pena e a respectiva quantidade não podem ser superior à cominação legal. Assim impõe o *princípio político*.

8 - Em arco genérico, pode-se, quanto à *prevenção*, entendida como política de eliminação, ou redução da criminalidade, distinguir o delinqüente em três categorias: a) não evidencia probabilidade de reincidir; b) evidencia probabilidade de retomar à criminalidade; c) possibilidade de retorno à delinqüência. Essas categorias mostram personalidades diferentes.

A pena deve ajustar-se ao condenado. Caso contrário, continuar-se-á a raciocinar e tomar decisões meramente formais. Importa, isso sim, decisão de cunho material: pondera, leva em conta o fato delituoso e a experiência. Só assim, ter-se-á sentença de conteúdo.

A pena **in abstrato** tem como referencial a necessidade de evitar o retorno do delinqüente ao crime.

Se isso ocorrer, cumprir-se-á a finalidade da pena. Caso contrário, a sanção aplicada restou no plano formal.

A pena cominada é referência para concretizar a finalidade da sanção. Conseqüência lógica, deverá, no caso concreto, alcançar esse propósito.

O legislador promove o parâmetro **in abstrato**; o juiz o realiza **in concreto**.

Colocam-se, aqui, dois problemas: a) um de natureza política, de garantia individual, como registrado, conquista do iluminismo. A pena definida em lei registra, de modo absoluto, o máximo da restrição ao exercício do direito de liberdade. Não pode ser acrescido de um dia se quiser. A pena aplicada na sentença, para a resposta jurídica não restar em plano meramente formal, atende as particularidades do caso **sub judice**. De duas, uma: a) a pena cominada, em função da hipótese em julgamento, atende à finalidade da sanção; b) ocorre o contrário: não atende a tal finalidade.

Evidente, pelas razões expendidas, não pode ser buscada sanção mais grave, seja quanto a qualidade como à quantidade.

A hipótese inversa encerra as considerações que seguem: a) se idôneas, próprias para alcançar o fim proposto, tudo bem. Se, ao contrário, houver dissonância entre a espécie e o **quantum** cominado, repita-se, para o julgamento não se reduzir a mero raciocínio, no plano formal, é legítimo (não se reduz ao legal) ao magistrado, respeitado o teto da cominação, aplicar a pena recomendada na hipótese em julgamento, seja mudando a espécie, como aplicando-a abaixo do mínimo legal. Embora repetição, insisto, é a única forma de a sentença não se reduzir ao jogo burocrático de silogismo sem conteúdo. E mais. É a única maneira de a sanção penal alcançar sua finalidade: atender interesse da sociedade, de modo a que o crime não seja repetido.

9 - Certo, levantar-se-á a objeção de a segurança jurídica ser comprometida, deixando nas mãos do juiz excessivo poder de decisão.

A interrogação é relevante. Nenhuma tese, no plano da experiência jurídica, poderá ser acolhida, se, na prática, revelar-se ineficaz, ou inconveniente.

O tema reclama algumas ponderações.

Em nosso momento histórico, resultante de lutas e agruras, conferiu-se importância à divisão dos Poderes. Formalmente, iguais e independentes entre si. A realidade, porém, é outra. Há evidente predominância do Poder Executivo. Sem medo de errar, procede uma observação: é tanto mais predominante, quanto maior a distinção econômica-social das pessoas. O Poder Legislativo, nesse contexto, também projeta a desigualdade. E, para concretizá-la e garanti-la, são elaboradas leis. Tantas vezes, ratificam, consolidam a distinção.

10 – O Direito, entretanto, não se esgota na lei. O Direito é sistema de princípios (valores); definem, orientam a vida jurídica (interrelação de condutas). A lei, nem sempre, traduz, projeta esse comando. Não raro, a lei busca impedir, ou, pelo menos, retardar a eficácia do princípio. Nem sempre, o concretiza. O salário mínimo, na Constituição da República (art. 7º, IV) é enunciado como capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador e

de sua família, “com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.” A lei ordinária que fixa o valor, evidente, não se ajusta ao comando da Carta Política. Observe-se o mesmo quanto ao salário-família para atender a descendentes (idem, XII). O funcionário público, todavia, recebe, a esse título, menos de um real!

Há, portanto, evidente, não raro, descompasso entre o princípio e a lei.

Insista-se. O Direito não se confunde com a lei. A lei deve ser expressão do direito. Historicamente, nem sempre o é. A lei, muitas vezes, resulta de prevalência de interesses de grupos, na tramitação legislativa. Apesar disso, a Constituição determina: “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma senão em virtude da lei”. Aparentemente, a lei (sentido material), seria o ápice da pirâmide jurídica. Nada acima dela! Nada contra ela! A Constituição, entretanto, registra também voltar-se para “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social...” (Preâmbulo). Ainda que não o proclamasse, assim cumpria ser. Não se pode desprezar o patrimônio político da humanidade! A lei precisa ajustar-se ao princípio. Em havendo divergência, urge prevalecer a orientação axiológica. O Direito volta-se para realizar valores. O Direito é trânsito para concretizar o justo!

11 - O Judiciário, visto como – *Poder* – não se subordina ao Executivo, ou ao Legislativo. Não é servil, no sentido de aplicar a lei, como alguém que cumpre uma ordem (Nesse caso, não seria – *Poder*). Impõe-se-lhe interpretar a lei conforme o Direito. Adotar posição crítica, tomando como parâmetro os princípios e a realidade social. A lei, tantas vezes, se desatualiza, para não dizer carente de eficácia, desde a sua edição.

O Juiz é o grande crítico da lei; seu compromisso é com o Direito! Não pode ater-se ao positivismo ortodoxo. O Direito não é simples forma! O magistrado tem compromisso com a Justiça, no sentido de analisar a lei e constatar se, em lugar de tratar igualmente os homens, mantém a desigualdade de classes. O juiz precisa tomar consciência de que sua sentença deve repousar em visão ontológica.

Tantas vezes, a lei se desatualiza, ou é inadequada para conferir o equilíbrio do conteúdo da relação jurídica. Quando isso acontece, afeta a eficácia.

Em havendo discordância entre o – *Direito* – e a – *lei* – esta precisa ceder espaço àquele.

Cumprido, então, ao Juiz gerar a solução – alternativa. Explique-se: criar a norma adequada para o caso concreto. A lei deixara de ser expressão



do Direito. Aplicá-la será injustiça. Impõe-se gerar a norma justa (proporcionalidade reclamada).

Insista-se: o juiz tem dever de ofício de recusar aplicação de lei injusta.

O juiz precisa tomar consciência de seu papel político; integrante de Poder. Impõe-se-lhe visão crítica. A lei é meio. O fim é o Direito. Reclama-se do magistrado, quando necessário, ajustar a lei ao Direito.

Há, é certo, exemplos dignificantes.

A redação anterior da Lei de Introdução ao Código Civil dispunha que a sucessão de bens obedecia à lei do casamento. O Brasil recebera imigrantes de várias origens, como a Itália, Portugal, Japão e países árabes. Quando o marido falecia, casado com o regime da separação de bens, a viúva não participaria da meação. O Supremo Tribunal Federal, com notável sensibilidade, criou jurisprudência de que, no tocante ao patrimônio constituído, entre nós, aplicar-se-ia a lei brasileira. Com isso, evitou flagrante injustiça. Vingou, na espécie, o regime da comunhão universal.

Os tribunais, outrossim, foram sensíveis à concubina. Sem lei. Rigorosamente: contra o sentido literal da lei, a pouco e pouco, quanto aos bens, reconheceram o direito da mulher ao patrimônio, consoante a colaboração dada para constituir a fortuna.

Mais recentemente, sufragaram a correção monetária (sem lei) para evitar o enriquecimento injusto do devedor que não honrasse sua obrigação, no tempo e modo convencionados.

Ainda. Autorizaram a revisão do valor de alugueres, antes do termo legal, para garantir o equilíbrio econômico do contrato.

Tem-se, ainda, de reconhecer o direito de cidadania de reivindicar direitos inscritos na Constituição, cuja concretização legislativa, no entanto, cai no esquecimento e o Executivo não cumpre o seu papel.

O Judiciário precisa rever a idéia de normas da Constituição não auto-aplicáveis, dependentes de regulamentação. Na falta de lei específica, invoquem-se os princípios. A solução do caso concreto virá naturalmente. Para homenagear os positivistas, registre-se a viabilidade (posta em lei) de recorrer-se também à analogia e aos princípios gerais do direito. Caso contrário, a Carta Política se restringe a mero propósito.

O Juiz precisa tomar consciência de que a efetiva igualdade de todos perante a lei é um mito. A realidade comprova: a isonomia não se realiza às inteiras. Os órgãos formais de controle da criminalidade, de um modo geral,

alcançam pessoas social, econômica e politicamente desprotegidas. Só elas são presas pelas malhas da justiça penal!

O Poder Judiciário, urge registrar, precisa-se ponderar, que não é neutro. Fato e norma estão envolvidos pelo valor. Traduzem significado. Indicam direção. As proclamações dos Direitos Humanos não acontecem por acaso, não se restringem a simples enunciado acadêmico. Concretizam, isso sim, reivindicações, exigências em homenagem ao – *homem* – parâmetro para realizar o justo.

E mais. O Judiciário tem importante papel político. As decisões precisam traduzir o Direito da história (a história do Direito orienta nesse sentido, apesar das inúmeras resistências). A jurisprudência não pode reduzir-se a mero somatório de julgados. As decisões corretas devem estar finalisticamente orientadas para o – *justo*.

Caso contrário, o magistrado, de juiz, passa a servidor burocrático, mero fazedor de estatística!

No Brasil, o problema ganha particular importância. O acesso ao Judiciário não é ensejado a todos. Aliás, e com razão, se diz: O Código Civil é para o rico; o Código Penal para o pobre! Com singular sensibilidade o Ministro Sepúlveda Pertence, com a responsabilidade de Presidente do Supremo Tribunal Federal, afirmou: “ o pobre só tem acesso à Justiça, como réu.” Poucas vezes, com poucas palavras, foi enunciada tão latismável verdade!

A sentença precisa ponderar as conquistas históricas. Em particular, num país, que ostenta lei (alienação fiduciária) impondo a prisão civil do devedor inadimplente!

O juiz é agente de transformação social. Lei iníqua, impeditiva de realização plena do Estado de Direito Democrático precisa ser repensada.

O juiz, repita-se, deve recusar aplicação à lei iníqua, injusta. Impõe-se-lhe invocar princípios. Só assim, a interpretação será sistemática. Criar, se necessário, a norma para o caso concreto.

O chamado Direito Alternativo (denominação imprópria), portanto, é preocupação com o Direito. Infelizmente, entre nós, impõe-se utilizar o pleonismo – *Direito justo!* Como se o Direito pudesse afastar-se da – *Justiça!*

A solução alternativa rompe o conservadorismo acomodado; enseja o tratamento jurídico correto. Confere, sem dúvida, eficácia à vigência da norma jurídica.

A norma alternativa não é aventura, opinião pessoal do magistrado, discordar por discordar. Resulta da apreensão de conquistas históricas, acima de

interesses subalternos. Projeta orientação reclamada pelo Direito. Concreção da justiça!

A trincheira de hoje será o galardão de amanhã!

O juiz, portanto, como agente político, ao promover a crítica da lei, não se substitui ao legislador. Ao contrário, ajusta a norma à solução do caso em julgamento.

Se assim não for, infelizmente, continuar-se-á a projetar sentenças restritas ao exame meramente formal. É preciso rever o método. A sentença precisa (sem afrontar o Direito) expressar utilidade social.

A literatura penal moderna, afinada com as postulações deste final de século, batem veementemente contra as soluções meramente formais, lembrança ainda da Escola da Exegese.

Ignacio Muñagomí, in *"Sanción Penal Y Política Criminal"*, Instituto Editorial Reus, S.A., Madri, 1977, pág. 213 escreve:

*"A sanção penal se coloca mais como resposta que a normatividade penal oferece para a pacificação social, que como retribuição abstrata, mais ou menos punitiva, em concreto, a um delito cometido. Sua justificação se situa na necessidade para conseguir os fins jurídico-penais, sendo por isso a pena uma instituição eminentemente dinâmica e finalista."*

A preocupação do papel dos juízes no mundo contemporâneo tem conduzido a proficuas reflexões. Cumpre reagir ao papel desempenhado pela magistratura na modernidade – sem exagero, chancela do trabalho do legislador. Nesse período, como conseqüência, preocupação da exegese de busca dos elementos históricos que conduziria o legislador a elaborar as leis. O juiz, então, para ser fiel à sua função, precisaria auscultá-los a fim de traduzir, com precisão, a vontade veiculada pelo Poder Legislativo.

12 – O Direito Penal, nesse contexto, exerce importante missão social. Mais uma vez: realizar o justo, adaptar-se à necessidade e fornecer a solução socialmente útil.

As idéias políticas (tantos são os matizes!) estão presentes na elaboração e aplicação das leis. As leis penais não ficam alheias à essa conotação.

O Direito Penal, parte do todo, recebe as respectivas conseqüências. Atenção: na elaboração da norma, na sua aplicação e também na execução. A todo instante, orientações políticas se fazem evidentes. O Direito está sempre ligado à Política. Quando não houver coincidência de orientações, forma-se o atrito. Tanto mais profundo quanto seja a distância

entre o Direito e a Política. Impõe-se, por isso, interpretação constante das normas jurídicas. Nesse particular, a atuação do Judiciário e do Ministério Público ganham significativa importância. Sem exagero, importância ainda não percebida por um e por outro.

A Política, particularmente em países de evidente contraste de classes sociais, caminha lentamente. Assim o é pela sua natureza; modificá-la significa tocar no mencionado contraste de classes sociais.

O magistrado, então, deverá exercer, concretizar a razão de sua atividade – conferir a – *solução justa* – ao caso concreto; para isso, se a – lei – não ofertar a resposta adequada, com esteio no *Direito* dar a solução justa à hipótese em julgamento. Especificamente, no âmbito do Direito Penal, aplicando a pena, conforme sua *necessidade* visando ao *interesse público*.

13 – Útil registrar a observação de ELISA SMITH, in “*Las ideologías y el derecho*” (Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1982, Pág. 152):

“7º) Se todo ato de normatização jurídica que expressa a denominada *vontade do Estado* responde a uma determinada atitude política – à atitude política do grupo que é o núcleo do poder estatal – deve inferir-se que as normas criadas por esses atos em determinado momento histórico são, em maior ou menor medida, o produto de certa concepção da vida social e de suas circunstâncias históricas concretas.

E não havendo, no fundo, ato normativo realizado por órgão de Estado que não pressuponha um certo ponto de vista político, com sua concomitante doutrina, afirmamos que o direito, enquanto se traduz como sistema de atos estatais produtivos de normas jurídicas, é uma técnica política-social.

Deve admitir-se, então, a existência de um fundo ideológico, tanto na base da estrutura de toda a ordem jurídica, como em cada instituição integrativa dessa ordem”.

A ideologia acompanha o jurista, mesmo que ele não sinta.

O magistrado, então, precisa ser sensível a esse pomenor. Se assim não for, a sentença será mero ato burocrático. Esvazia-se, pois, de seu conteúdo. E para arrematar - como a sentença penal condenatória tem sentido teleológico, evidente, só se justifica se o dispositivo for idôneo a alcançar esse fim.

Urge, então, ao Juiz, sopesando o esquema normativo e a realidade da sociedade, expedir a solução que se revele – *justa*. Não faz sentido uma sentença divorciada da realidade em que vai ser executada.

Infelizmente, esse descompasso conduz a flagrante injustiça: o condenado socialmente protegido (situação minoritária) cumprirá a execução em situação mais favorável do que o determinado na sentença; por sua vez, o condenado socialmente desprotegido (situação majoritária) será submetido a situação jurídica diversa da condenação.

O fato nunca poderá ser esquecido do juiz !