

Limites do “Jus Puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal

Luiz Flávio Gomes *

O estudo e a "natureza jurídica" do poder punitivo do Estado - poder ou direito subjetivo, "potestas" ou "ius" - desemboca natural e necessariamente no questionamento relacionado com os seus "limites". Nenhum poder dentro do Estado constitucional e humanitário de Direito (ECHD) pode ser absoluto ou ilimitado. Esses limites, na atualidade, são revelados por meio de princípios, que contam (quase todos) com base constitucional expressa.

a) Importância do problema dos "limites" do ius puniendi

Dois fatores conferem especial relevância ao estudo dos limites do ius puniendi. Em primeiro lugar, os drásticos efeitos da intervenção penal: seu impacto destrutivo e irreversível e os elevadíssimos custos sociais da "cirurgia penal". Em segundo lugar, a vocação intervencionista do Estado (sobretudo o "social"), que potencializa a sua presença assim como o emprego de toda sorte de meios eficazes para resolver os conflitos e dirigir a convivência social. Em outras palavras: a atuação punitiva do Estado é qualitativamente drástica e quantitativamente intensa.

b) Enfoque do tema na doutrina penal

A doutrina penal tem-se ocupado dos "limites" do ius puniendi[1] seguindo duas orientações diversas.

Alguns autores, sob tal epígrafe, compreendem exclusivamente os limites referidos à faculdade ou direito do Estado de aplicar e executar as penas, isto é, só àqueles limites que pressupõem a norma penal objetiva e que derivam desta. Diz-se, então, que o Direito penal "objetivo" é um pressuposto ou limite fundamental do Direito penal "subjetivo"[2] (o Estado só pode intervir nos limites do Direito penal normatizado).

Outros autores ampliam seu ponto de partida, referindo-se, também, aos limites que pesam sobre a faculdade ou direito do Estado de ditar normas penais, por mais que este delineamento obrigue a ultrapassar em muito o âmbito próprio da nossa disciplina[3] . Comungamos esse segundo ponto de vista, que é, aliás, majoritário na doutrina penal. Os limites valem em relação a todos os momentos do *ius puniendi*: de elaboração da norma, de sua aplicação e execução.

Partindo-se dessa premissa impõe-se em seguida admitir que existem limites (puramente) "formais" ("*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*") bem como os "materiais" (intervenção mínima do Direito penal, exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da culpabilidade, da ofensividade etc.). Todos, como já afirmado, revelam-se por meio de princípios. Daí a importância de se compreender seu conteúdo e sua natureza.

c) Princípios, regras, normas, preceitos, valores e garantias do ECHD

Impõe-se, por conseguinte, distinguir: princípio, regra, norma, preceito, valores e garantias[4] .

O Direito se expressa por meio de normas. As normas emanam das regras e dos princípios. Toda norma, de outro lado, é composta de um preceito primário e de um preceito secundário. Norma, princípio, regra e preceito, como se vê, são conceitos interligados, porém, distintos. Os valores do ECHD são os seus vetores fundamentais, seus guias orientativos (ou seja: retratam suas bases epistemológicas). O valor-meta do ECHD é a justiça; seu valor-síntese é a dignidade humana. Garantias são os instrumentos criados pelo ordenamento jurídico para eliminar (ou reduzir) a distância entre o normativismo (o direito

contemplado na norma) e sua eficácia (a realização prática do direito normatizado - sua eficácia - só pode ser alcançada por meio das garantias).

Os princípios - diferentemente das regras - não prescrevem uma determinada conduta, porque não contêm a especificação suficiente de uma situação fática e sua correlativa consequência jurídica[5] . Os princípios expressam critérios e razões para uma determinada decisão, mas não a definem detalhadamente[6] . Distintamente do que se passa com as regras, os princípios podem se realizar em maior ou menor medida, porque são "mandamentos de otimização" que têm uma "dimensão de peso"[7] .

Regras e princípios: as regras disciplinam uma determinada situação fática e definem suas consequências; quando ocorre essa situação fática, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito de regras"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc..

Princípios, por seu turno, são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver "colisão", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como "mandados de otimização" que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

Situação concreta versus multiplicidade de situações: a diferença marcante entre as regras e os princípios, portanto, reside no seguinte: a regra cuida de uma situação concreta. Exemplo: o inquérito policial destina-se a apurar a infração penal e sua autoria – CPP, art. 4º; o inquérito policial serve para instruir a futura ação penal (CPP, art. 12). Os princípios norteiam uma multiplicidade de situações. O princípio da presunção de inocência, por exemplo, cuida da forma de tratamento do acusado bem como de uma série de regras

probatórias (o ônus da prova cabe a quem faz a alegação, a responsabilidade do acusado só pode ser comprovada constitucional, legal e judicialmente etc.).

Funções dos princípios: fundamentadora, interpretativa e supletiva ou integradora: por força da função fundamentadora dos princípios, é certo que outras normas jurídicas neles encontram o seu fundamento de validade. O artigo 261 do CPP (que assegura a necessidade de defensor ao acusado) tem por fundamento os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, da igualdade etc.. Os princípios, ademais, não só orientam a interpretação de todo o ordenamento jurídico, senão também cumprem o papel de suprir eventual lacuna do sistema (função supletiva ou integradora). No momento da decisão o juiz pode valer-se da interpretação extensiva, da aplicação analógica bem como do suplemento dos princípios gerais de direito (CPP, art. 3º). Considerando-se que a lei processual penal admite "interpretação extensiva, aplicação analógica bem como o suplemento dos princípios gerais de direito" (CPP, art. 3º), não havendo regra específica regente do caso torna-se possível solucioná-lo só com a invocação de um princípio.

Princípios constitucionais, internacionais e legais: de todos os princípios (que configuram as diretrizes gerais do ordenamento jurídico), gozam de supremacia (incontestável) os constitucionais. Exemplos: princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV), do contraditório (CF, art. 5º, inc. LV), da presunção de inocência (CF, art. 5º, inc. LVII) etc. Mas isso não significa que não existam princípios infraconstitucionais (leia-se: emanados de regras legais). Por exemplo: princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, que está contemplado no art. 599 do CPP. Os princípios constitucionais contam com maior valor e eficácia e são vinculantes (para o intérprete, para o juiz e para o legislador). Também existem princípios que derivam de regras internacionais. Por exemplo: princípio do duplo grau de jurisdição, que está contemplado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose), art. 8º, II, "h". Todo o Direito internacional posto em vigência no Direito interno é fonte do Direito e deve ser considerado para a solução de conflitos.

As súmulas vinculantes são regras? Sim, são regras criadas por força de interpretação do Supremo Tribunal Federal. A interpretação eleita pelo STF passa a ser a regra do caso

concreto, não podendo o juiz deixar de observá-la. Cabe reclamação ao STF em caso de descumprimento da súmula vinculante.

d) Enumeração dos princípios fundamentais (cardeais) limitadores do ius puniendi

Na era da globalização, em virtude da incontrolada força que conquistou a linha político-criminal punitivista, o Direito penal acabou experimentando uma exagerada e descontrolada expansão. O velho e clássico Direito penal liberal, construído a partir do Iluminismo de Beccaria, Feuerbach etc., encontra-se totalmente deformado e desfigurado. Mas se pretendemos que o Direito penal tenha coerência com o modelo de Estado que foi adotado no nosso país (Estado constitucional e humanitário de Direito), não há outro caminho a percorrer senão fazê-lo observar todos os limites decorrentes da Constituição vigente.

Em outras palavras: o Direito penal precisa voltar ao (ou não pode sair do) seu leito constitucional e humanitário para cumprir, com observância de todas as garantias, sua missão primária de proteção (fragmentária e subsidiária) de bens jurídicos.

Da conjugação do Direito penal com a Constituição podemos (e devemos) extrair a conclusão de que doze (pelo menos) são os mais relevantes princípios constitucionais penais, que funcionam como limites internos do poder punitivo. Alguns estão expressamente contemplados na Constituição (são explícitos: dignidade, igualdade, legalidade etc.), outros são implícitos.

De qualquer modo, é certo que todos convergem para o princípio-síntese do Estado constitucional e humanitário de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa, fundamentadora e interpretativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica (constitucional, internacional ou infraconstitucional) pode contrariá-lo.

A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, por força da vinculação normativa da Constituição e do Direito humanitário internacional. De qualquer modo, no âmbito da teoria da pena, como veremos, a dignidade humana revela uma dimensão específica, consistente na proibição de penas indignas.

Os doze princípios constitucionais penais mais importantes (dos quais emanam, evidentemente, outros tantos princípios, como veremos mais adiante) podem ser sistematizados da seguinte maneira:

(a) princípios relacionados com a missão fundamental do Direito penal: (1) princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e (2) princípio da intervenção mínima;

(b) princípios relacionados com o fato do agente: (3) princípio da exteriorização ou materialização do fato, (4) princípio da legalidade do fato e (5) princípio da ofensividade do fato;

(c) princípios relacionados com o agente do fato: (6) princípio da responsabilidade pessoal, (7) princípio da responsabilidade subjetiva, (8) princípio da culpabilidade e (9) princípio da igualdade, e

(d) princípios relacionados com a pena: (10) princípio da proibição da pena indigna, (11) princípio da humanização das penas e (12) princípio da proporcionalidade, sendo certo que este último possui várias dimensões: princípio da necessidade concreta da pena, princípio da individualização da pena, princípio da personalidade da pena, princípio da suficiência da pena alternativa e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

e) Minimalismo e garantismo

Todos os princípios que acabam de ser enumerados integram o denominado Corpus Iuris básico do movimento político criminal minimalista, que se opõe ao denominado Direito penal máximo (exclusivamente punitivista). Não se confunde, de outro lado, com o garantismo, embora ambos sejam convergentes e complementares, uma vez que se baseiam nos mesmos ideais e pressupostos (e contam, ademais, com os mesmo objetivos). Na atualidade, portanto, são indissociáveis o minimalismo e o garantismo.

De acordo com a doutrina de Ferrajoli (que é o máximo expoente do garantismo), garantista "é o sistema penal em que a pena fica excluída da incerteza e da imprevisibilidade de sua intervenção, ou seja, que se prende a um ideal de racionalidade, condicionado exclusivamente na direção do máximo grau de tutela da liberdade do cidadão contra o arbítrio punitivo". Não há como negar que são incontáveis os pontos de contato entre o garantismo e o minimalismo penal[8] , do qual o autor citado (sem sobra de dúvida) também é um dos artífices.

Mínima intervenção penal com as máximas garantias: nisso pode ser sintetizado o garantismo de Ferrajoli, que está fundado em dez axiomas (seqüenciais e lógicos): (a) Nulla poena sine crimine (não há pena sem crime); (b) Nullum crimen sine lege (não há crime sem lei); (c) Nulla lex (poenalis) sine necessitate (não há lei penal sem necessidade); (d) Nulla necessitas sine iniuria (não há necessidade sem ofensa ao bem jurídico); (e) Nulla iniuria sine actione (não há ofensa ao bem jurídico sem conduta); (f) Nulla actio sine culpa (não há conduta penalmente relevante sem culpa, ou seja, sem dolo ou culpa); (g) Nulla culpa sine iudicio (não há culpabilidade ou responsabilidade sem o devido processo criminal); (h) Nullum iudicium sine accusatione (não há processo sem acusação; nemo iudex sine actore); (i) Nulla accusatio sine probatione (não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas); (j) Nulla probatio sine defensione (não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa).

f) Sistema (penal) minimalista garantista

A soma dos princípios do minimalismo penal com os axiomas do garantismo conduzem à construção de um sistema (penal) minimalista garantista, constituído das seguintes premissas, que serão expostas em ordem lógica e complementar:

1) o Direito penal tem por finalidade (precípua) a exclusiva proteção de bens jurídicos (princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos);

2) jamais pode o Direito penal ter incidência senão quando absolutamente necessário (princípio da intervenção mínima - *Nulla lex poenalis sine necessitate*: não há lei penal sem necessidade);

3) o Direito penal (do fato) exige obrigatoriamente a exteriorização de um fato criminoso (princípio da exteriorização ou materialização do fato), mesmo porque não há pena sem crime - *Nulla poena sine crimine* - e não existe crime sem conduta - *Nullum crimen sine actione*;

4) fato previsto na lei (princípio da legalidade do fato - *Nullum crimen sine lege* – fato formalmente típico);

5) fato ofensivo a bens jurídicos de terceiros (princípio da ofensividade do fato - *Nulla necessitas nullum crimen sine iniuria* – fato materialmente típico);

6) fato próprio, ou seja, ninguém pode ser punido por fato criminoso alheio (princípio da responsabilidade pessoal);

7) fato exteriorizado por meio do dolo ou da culpa (princípio da responsabilidade subjetiva – *Nullum crimen nulla actio sine culpa*);

8) a sanção penal só pode incidir, ademais, contra o agente com capacidade de se motivar de acordo com a norma e de se comportar de forma distinta, conforme o Direito (princípio da culpabilidade);

9) não há culpabilidade (não há comprovação da responsabilidade penal) sem o devido processo criminal - *Nulla culpa sine iudicio*;

10) não há processo criminal sem acusação - *Nullum iudicium sine accusatione* ou *nemo iudex sine actori* (sistema acusatório);

11) não há acusação sem provas, ou seja, não se derruba a presunção de inocência sem provas válidas e incriminatórias - *Nulla accusatio sine probatione*;

12) não há provas sem defesa, ou seja, sem o contraditório e a ampla defesa - *Nulla probatio sine defensione*;

13) é intolerável qualquer tipo de tratamento desigual discriminatório, isto é, os iguais devem ser tratados igualmente, os desiguais desigualmente (princípio da igualdade);

14) está proibida a cominação ou aplicação de pena que seja indigna (princípio da proibição da pena indigna);

15) a cominação, aplicação e execução das penas devem se orientar pelo princípio da humanização e seguir rigorosamente a proporcionalidade, que se manifesta por meio de várias dimensões:

16) princípio da necessidade concreta da pena,

17) princípio da individualização da pena,

18) princípio da personalidade ou pessoalidade da pena,

19) princípio da suficiência da pena alternativa e

20) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

g) Para que serve o sistema (penal) minimalista garantista?

Consoante a doutrina funcionalista (reducionista ou contencionista) de Zaffaroni, Alagia e Slokar[9], o sistema penal é um meio e não um fim e existe para ser aplicado pelas agências jurídicas (juízes) com certos objetivos políticos, destacando-se, dentre eles, o de conter ou reduzir o poder punitivo do Estado. A coerência e racionalidade do sistema devem ser medidas de acordo com sua compatibilização com os princípios minimalistas garantistas enunciados, que não são taxativos nem tampouco de realização plena ou absoluta.

As agências jurídicas (juízes) devem cumprir a missão de incrementar o ECDH, distanciando-se o máximo possível do Estado de polícia. A tarefa de consolidação das bases principiológicas do ECHD é uma função jurídica inesgotável, constante, perene (um unfinished). No desempenho dessa função estatal há progressos e retrocessos. O Estado histórico (real, atual) é produto dessa dialética entre o Estado de polícia e o ECHD.

h) O sistema penal minimalista garantista como paradigma reitor da função jurisdicional

A evolução do Estado de Direito para o ECHD implica uma marcante mudança de paradigma: do juiz legalista (napoleônico) chega-se ao juiz constitucionalista; do método meramente subsuntivo (formalista) passa-se para o ponderativo (razoabilidade). No âmbito criminal ser juiz constitucionalista significa adotar como paradigma (decisional) o sistema penal minimalista garantista inerente ao ECHD.

Altera-se o método do Direito penal assim como a posição do juiz: o triunfo do método da ponderação sobre o da mera subsunção (dedutivista) conduz à proeminência do juiz, a quem cabe em cada caso concreto dizer qual dos princípios (ou valores) em conflito deve preponderar.

Paralelamente aos dois modelos de Direito e de juiz que acabam de ser recordados (juiz legalista versus juiz constitucionalista), dois outros padrões de juiz (e de jurisdição) devem merecer nossa atenção: (a) juiz alternativista e (b) juiz nazista (autoritário). Vejamos as características de cada um deles.

a) Visão tradicional ou clássica do Direito e do juiz: a visão tradicional ou clássica do Direito parte da premissa de uma sociedade harmônica, de um Estado dividido em três poderes independentes (Legislativo, Executivo e Judiciário), de uma sociedade onde reina (ou deveria reinar) a ordem, a segurança e a paz social. O juiz, nesse contexto, deve sempre julgar de acordo com a lei, viabilizar decisões iguais, para gerar certeza jurídica. O Direito se esgota na lei. O juiz não cria o Direito, ele aplica a lei. Todos são iguais perante a lei. O juiz a aplica de maneira neutra. Mesmo que se trata de uma lei injusta, deve o juiz adotá-la (para gerar certeza jurídica). Ao legislador compete mudar a lei e adequá-la aos anseios sociais. O juiz não pode julgar a lei, não pode fazer considerações econômicas, sociais, políticas ou ideológicas. Sua atividade é fruto de um raciocínio formal: premissa maior, premissa menor e conclusão[10].

O Direito, de acordo com essa visão clássica, é instrumento indispensável para a convivência social. Da sua construção encarrega-se o Estado (o legislador), que atuaria consoante padrões éticos incensuráveis, só buscando o justo, a paz e a ordem. As leis são impessoais, iguais e justas. Logo, justiça, ordem e segurança são os pilares do Direito. Boa parte da tradicional doutrina chega a confundir a lei com o Direito (dizendo que aquela é a única fonte deste último). Ela cria a ordem jurídica, traz segurança e é a base da imparcialidade do juiz, que não pode substituir o legislador nem formular sua regra jurídica. A sentença respeita a lei e a ciência do Direito. Ao juiz não é dado ingressar em considerações políticas, econômicas, culturais, sociais ou ideológicas.

A finalidade última da jurisdição é a mesma da lei. A fonte normativa da sentença não pode ser outra senão a lei, porque sua função é a de restabelecer o império do Direito. O juiz cumpre a função de longa manus do legislador. É inconcebível uma sentença contra legem. O juiz não pode discutir, alterar, corrigir, negar ou substituir a lei, mesmo que seja injusta

(ou seja: de axiologia errônea). O judiciário é imparcial porque respeita a lei, que é geradora da "certeza". E a certeza exige decisões no mesmo sentido, de acordo com a jurisprudência dominante, sobretudo quando sumulada. O método tradicional de entender o Direito é o dedutivo, lógico-formal ou silogístico: premissa maior (regra jurídica), premissa menor (fato) e conclusão.

b) Visão alternativa ou crítica do Direito e do juiz: à visão clássica do Direito (e do juiz) contrapõe-se a corrente alternativa ou crítica (Portanova, Amilton Carvalho, Aguiar, Bastos, Dallari, Faria, J. Freitas, Herkenhoff, J. R. Lopes, Lyra Filho, B. Santos, Warat, Wolkmer etc.), que ganhou destaque singular no Brasil sobretudo na década de oitenta do século XX. Não comungamos de todas as idéias sustentadas por essa forma de pensar o Direito, a função do juiz, o papel da lei etc., mas não podemos deixar de registrar o seu extraordinário valor para a discussão (e reconstrução) do Direito no nosso país.

De acordo com Portanova, a visão alternativa parte da premissa de que o Direito está em crise: "A ciência transita da metodologia tradicional para o Direito novo. O método tradicional, escolástico, dogmático e formalista busca a ciência ideologicamente neutra (avaliativa). Já o Direito novo concebe o Direito como fenômeno social, vê a ciência jurídica como socioavaliativa (não-formal), ciência de problemas práticos (e não simplificações conceituais abstratas), ciência de resultados concretos (e não deduções apriorísticas), ciência, enfim, de decisões criativas (e não decisões automáticas)"[11].

Seguindo as idéias centrais do autor citado[12] nota-se que a visão crítica do Direito não segue o "modelo ótico interpretativo" da ordem ou do consenso (estabilidade, equilíbrio social, conservação, continuidade política, econômica etc.), ao contrário, adota-se o método do conflito (instabilidade, tensão, libertação, luta de classes etc.). Não basta a igualdade formal, o objetivo a ser alcançado é a igualdade material. A certeza jurídica é instrumento retórico que visa a garantir a dominação. A sociedade não é igual porque está dividida em classes; não é harmônica porque essas classes vivem em conflito.

Não existe decisão neutra. A neutralidade do juiz é um mito, que perdura em razão da ideologia da conservação (da segurança). A ciência não é neutra: ela sempre está a serviço da ideologia da segurança. Recorde-se que a ciência jurídica deu sustentação inclusive para o Estado nazista. O Direito não é neutro (existe para servir os interesses dos que dominam; ele é instrumento da conservação). O jurista não é neutro (seu discurso conformista, legalista, comprova sua parcialidade). O legislador não é neutro (tudo que faz atende a uma certa ideologia).

A jurisdição, nesse contexto, nada mais retrata que a ideologia da conservação. A própria educação jurídica do juiz encaminha-se para esse sentido. Sua formação jurídica, sua posição social, crenças, ideologia etc. o distanciam da realidade social.

Consoante a visão alternativa o Direito não é unívoco, não tem a lei como sua fonte única. Direito não é o que o legislador escreve na lei ou o que o doutrinador proclama nos livros ou o que o juiz estampa na sua sentença silogística. O Direito deve ser interpretado e usado em favor dos oprimidos e dos espoliados pelo regime capitalista. A jurisdição tem que estar a favor da maioria dos cidadãos, das reivindicações populares e dos interesses gerais. O juiz deve traduzir em sua sentença o sentimento de justiça da comunidade, a luta dos marginalizados, a libertação dos oprimidos. Justiça, política e ética são as fontes do Direito. Direito, em suma, é o direito de não ser espoliado ou explorado. A lei é estática, enquanto o Direito é dinâmico. O jurista deve sempre dinamizar a lei para que não seja força retrógrada dentro da sociedade. O juiz deve criar o Direito em cada caso concreto. Nada justifica estar o juiz a serviço das classes dominantes.

c) Visão escatológica do Direito penal e do juiz: os adeptos do Estado de polícia, que é um estado de sub-legalidade, possuem uma visão escatológica do Direito e do juiz. A máxima expressão dessa deturpada visão ocorreu com o nazismo, que por meio da denominada Escola de Kiel pugnou por um irracional Direito penal de autor (pune-se o agente pelo que é, não pelo que fez)[13]. Suas leis defendiam a pureza da raça; qualquer delito constitui um ataque ao sã sentimento do povo alemão; os julgamentos devem ser feitos pelos tribunais do povo (tribunais populares) e se eliminou o princípio da legalidade, consagrando-se a

analogia in malam partem. Confunde-se o crime com o pecado, pena com medida de segurança etc. Do "nenhuma pena sem lei" passa-se para o "nenhum delito sem pena".

d) Visão constitucional e humanitária do Direito e do juiz: há duas básicas ideologias jurídicas: a da segurança e a da equidade[14]. A ideologia da segurança é típica do juiz legalista, positivista ou clássico (assim como do juiz nazista, do Estado de polícia). Se não reputamos essa ideologia como o modelo ideal nem tampouco adotamos a ideologia da contestação alternativista, só nos resta filiar à ideologia da equidade.

A postura clássica do Direito (e do juiz) deve ser totalmente revisada. Ela não se coaduna com o ECHD. As visões extremadas (nazista ou contestadora alternativista) são totalmente descartáveis. In medio est virtus. Nem um extremo nem outro.

Se a legitimação democrática do juiz não é a direta (eleição pelo voto popular), é preciso sempre buscar o fundamento legitimante último das suas decisões, que (seguramente) não reside sempre na observância estrita da lei, senão, sobretudo na sua aderência ao Direito constitucional e humanitário internacional. O juiz não tem sempre que acolher as reivindicações sociais ou atender à maioria da população, que reclama, por exemplo, pela pena de morte. O juiz não pode atender os extremos: nem legalismo nem comunitarismo. A legitimação da sua decisão decorre da estrita observância da lei, da Constituição e dos Tratados internacionais de direitos humanos.

O juiz, destarte, já não pode ser concebido (somente) como a boca da lei (la bouche de la loi), nem tampouco (exclusivamente) como a boca do Direito, sim, como a boca dos direitos e garantias fundamentais (do indivíduo) positivados na lei, na Constituição e no Direito humanitário internacional.

Isso significa que o juiz, quando vai dirimir qualquer conflito, deve desde logo e em primeiro lugar questionar a compatibilidade do texto legal com a CF e com o Direito humanitário internacional. O juiz já não deve se apegar só à vigência da lei, antes de tudo necessita verificar se ela é válida. É exatamente isso que está fazendo o STF, por exemplo,

no julgamento da prisão civil do depositário infiel no caso de alienação fiduciária (RE 466.343-SP).

Metodologicamente isso implica (na prática) que o juiz, quase sempre, tem que proferir duas decisões: primeiro para definir qual é o sentido válido da lei aplicável; depois cuida da adequação do fato a esse Direito. Raciocinando em termos silogísticos: a premissa maior é o Direito fundado na lei, na Constituição e no Direito internacional. Uma vez descoberto o Direito aplicável (a premissa maior), de acordo com essa tríplice dimensão, passa-se para a subsunção do fato (premissa menor). Por último vem a conclusão.

De todos os significados válidos que podem ser extraídos de um texto legal, deve o juiz eleger o que for mais compatível com os princípios, regras e valores constitucionais e humanitários internacionais (ou seja: o que retratar com maior fidelidade a sua posição de garante dos direitos fundamentais). A sujeição irrestrita do juiz a esse Direito supralegal implica a adoção de uma postura crítica diante das leis inválidas. Nisso reside sua legitimação democrática assim como a preocupação com sua independência (interna ou externa, política ou funcional). O juiz é dotado de uma série de garantias funcionais, mas isso não pode ser entendido como privilégio pessoal, sim, como atributos necessários para o exercício livre e independente de sua função (destacando-se, dentre elas, a de garante dos direitos fundamentais).

O pressuposto básico do juiz independente e imparcial não conta com outro significado, portanto, senão o de que ele não está subordinado a nenhuma decisão das maiorias, não está sujeito a nenhum vínculo interno (funcional) ou externo (político): a legitimação da sua função advém da estrita observância do Direito que está na lei e, especialmente, o que está acima da lei e é isso que lhe possibilita censurá-la, julgá-la inválida, julgar não válidos todos os atos conflitantes com esse Direito supralegal. Ao juiz, em suma, cabe reparar as injustiças, cortar os abusos e conter as inclinações ao autoritarismo, à discriminação etc. Nenhuma maioria pode fazer verdadeiro o que é falso ou falso o que é verdadeiro (Ferrajoli).

No âmbito criminal, especialmente, durante quase todo o século XX (no nosso entorno cultural), o juiz foi exageradamente tecnicista, formalista, meramente subsuntivo, dedutivista e lógico-formal. Essas foram as características marcantes da Justiça penal, da Dogmática penal e do Direito penal durante (praticamente) todo o século XX. O fundamento da punição penal residia, em última análise, no aspecto subjetivo da "rebelião" ou "insubordinação" do sujeito diante de uma determinação normativa (adotou-se o conceito puramente imperativista de norma). O delito era visto como mera desobediência (à norma imperativa).

Esse prevenicionismo exagerado não se coaduna com a construção constitucional da teoria do delito. Toda preocupação prevenicionista, fundada na mera infração da norma imperativa, deve ser disciplinada em outros ramos do Direito (administrativo, civil, tributário, comercial, trabalhista etc.). O Direito penal deve sempre ser focado como soldado de reserva. Se os outros sistemas normativos extra-penais falharem, então entra em ação o Direito penal, como *ultima ratio*.

A mudança do paradigma metodológico tem por fundamento o seguinte: a Constituição delimita os fins legitimadores do Direito penal, estes condicionam as normas penais e estas condicionam a teoria do delito. Daí falar-se em teoria constitucionalista do delito. Se a norma primária possui dois aspectos fundamentais (o valorativo e o imperativo), só se pode falar em delito, desde logo, quando o fato viola o valor protegido por ela. Por conseguinte, não há delito sem ofensa ao bem jurídico.

Numa espécie de despedida definitiva do positivismo formalista de Binding, von Liszt/Beling e de Rocco (tecnicismo-jurídico) e de muitos dos pressupostos metodológicos do finalismo de Welzel, que marcaram a realização prática do Direito penal em todo o século XX, concebe-se agora a teoria do delito desde uma sólida base constitucional (Palazzo, Sax, Brícola etc.). E é com fundamento nessa premissa constitucional que novas exigências (novos filtros) foram sendo construídas dentro da teoria do delito (mais precisamente: dentro da tipicidade): nessa linha acham-se a teoria da imputação objetiva de Roxin, a exigência de resultado jurídico (ofensividade) em todo delito (Zaffaroni) etc.

Para o juízo (positivo) de tipicidade penal, por conseguinte, já não bastará a mera realização formal da conduta descrita na fattispecie (tipicidade legal). Tão relevante quanto a parte formal é a material da tipicidade, sendo certo que esta última permite ao juiz concretizar uma série de juízos ponderativos (desvalor da conduta, desvalor do resultado jurídico e imputação objetiva do resultado).

1.Sobre o problema dos limites do ius puniendi cf. GOMES, GARCÍA-PABLOS e BIANCHINI, Direito Penal-PG, São Paulo: RT, 2007, no prelo, assim como QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Derecho penal: parte general, cit., p. 57 e ss.; MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. Barcelona: PPU, p. 97 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992, p. 37 e ss.; POLAINO NAVARRETE, M. Derecho penal: parte general, cit., p. 39 e ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. Sobre el concepto del Derecho penal, cit., p. 313 e ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho penal español, cit., p. 66 e ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Fundamentos de Derecho penal, cit., p. 233 e ss. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Derecho penal: parte general, cit., p. 61 e ss.; LUZÓN PEÑA, D.M. Curso de Derecho penal: parte general. I. Madri: Universitas, S.A., 1996, p. 81 e ss.

2.Neste sentido: RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. Derecho penal español: parte general, cit., p. 39 e bibliografía ali citada.

3.Segundo crítica acertada de RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. Derecho penal español: parte general, cit., p. 38.

4.Cf. MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 5. ed. Barcelona: Tecfoto, 1998, p. 26 e ss

5.Cf.Santiago MIR PUIG, citando a opinião de LARENZ (Derecho penal: parte general, cit., p. 26).

6.Cf. Santiago MIR PUIG, seguindo a DWORKIN (Derecho penal: parte general, cit., p. 26).

7.Cf. Santiago MIR PUIG, seguindo a DWARKIN (Derecho penal: parte general, cit., p. 261).

8.FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón, São Paulo: RT, p. 81.

9.Cf. ZAFFARONI, E.R., ALAGIA, A. e SLOKAR, A., Manual de Derecho penal-PG, 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 95 e ss.

10.Cf. PORTANOVA, Rui, Motivações ideológicas da sentença, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 27.

11.Cf. PORTANOVA, Rui, Motivações ideológicas da sentença, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 20.

12.Cf. PORTANOVA, Rui, Motivações ideológicas da sentença, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 27 e ss.

13.Cf. ZAFFARONI, E.R., ALAGIA, A. e SLOKAR, A., Manual de Derecho penal-PG, 2. ed., Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 254 e ss.

14.Cf. BRUM, Nilo Bairros de, Requisitos retóricos da sentença penal, São Paulo: RT, 1980, p. 87

Leia também

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

OPERAÇÃO FURACÃO, LIMITES DAS INVESTIGAÇÕES E ESTADO
GARANTISTA DE DIREITO - Luiz Flávio Gomes

* Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais –

Disponível em:

< <http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20070410101353547>>.

Acesso em: 18 mar. 2008.