

EDITORIAL

EDITOR'S NOTE

O MÉTODO PENAL COMO SÍNTESE CONSTITUCIONAL DO *JUS PUNIENDI* E DOS DIREITOS DO HOMEM

Cláudio Brandão

Editor

Não foi sem razão que já constava na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França revolucionária do século dezoito, o princípio da legalidade penal e as garantias processuais penais, pois não há legitimidade do direito sem que se proteja a dignidade da pessoa humana em face do *jus puniendi*. A legitimidade de todo o direito, portanto, depende da limitação do poder penal: se a violência da pena não for limitada, o direito penal é um instrumento para aniquilar o Homem em face da afirmação da vontade dos detentores do poder político. Assim, a inexistência de limitações ao poder de punir conduz, inexoravelmente, à ilegitimidade do próprio direito.

É nodal, hodiernamente, para a interpretação constitucional do Direito, a investigação sobre as ciências penais e sua relação com os Direitos Fundamentais. Com efeito, é o direito penal o termômetro mais sensível para aferir a face política – liberal ou totalitária – de um Estado¹. Com efeito, “o direito penal está indissociavelmente relacionado com a política. Através do direito penal se pode identificar a feição liberal ou totalitária do Estado, porque este ramo do direito traduz o uso estatal da violência, formalizada pela dogmática jurídica. É neste sentido que se diz que a justiça criminal, por ser a concreção da essência opressiva do

¹ OUVIÑA, Guillermo. Estado Constitucional de Derecho Penal. *Teorias Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires:Ad-hoc, 1998, p. 57.

Estado, é um indicador extremamente sensível do sistema político social operante”². Isto se dá porque o direito penal não se separa da violência, não porque a ação criminosa seja via de regra violenta, mas sim porque a reação do Estado à ação criminosa, a pena, sempre será traduzida em uma violência, pois ela se traduz sempre em privação e supressão de bens jurídicos. Nos casos nos quais a violência da pena for aplicada de forma não limitada, sem respeito à dignidade da pessoa humana, estaremos diante dos Estados totalitários; nos casos diametralmente opostos, estaremos diante dos Estados Democráticos de Direito. Neste panorama, diz-se que os fins da pena são, em última análise, os fins do próprio direito³, sendo um problema ligado à própria teoria do direito, não ao direito penal, o que, aliás, pode ser observado em face do estudo das obras de Kant e Hegel, apenas para citar dois pilares da teoria e da filosofia do direito. Neste sentido, o direito penal, por concretizar a face violenta do Estado, ocupa um lugar de especial destaque na história do pensamento jurídico, porque através deste setor do direito, desvela-se a feição política do próprio Estado⁴.

A dogmática penal e, em particular, a teoria do crime – que tem na tipicidade o seu primeiro elemento, seguindo-se posteriormente a antijuridicidade e a culpabilidade – representam em si uma limitação ao *jus puniendi*⁵. Se o direito penal de um

² BRANDÃO, Claudio. *Curso de Direito Penal*, Rio de Janeiro:Forense, 2005, pp. 43-44.

³ SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires:TEA, 1992, p.371.

⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Control social y derecho penal*. Barcelona:PPU, 1987, p.585.

⁵ A doutrina penal apóia-se com muita frequência na dicotomia *jus poenali* e *jus puniendi*, para significar que enquanto o primeiro é o Direito Penal em sentido objetivo, isto é, o conjunto de normas que conformam o Direito Penal, o segundo é o Direito Penal em sentido subjetivo, isto é, o direito subjetivo de punir do Estado. POLAINO NAVARRETE, por exemplo, diz-nos que: “Ambas perspectivas (objetiva y subjetiva) son criterios complementarios de definición del Derecho Penal: junto al jus poenale surge, conceptualmente, el jus puniendi. Por ello, sólo el binomio jus poenale/jus puniendi configura el Derecho penal en su conjunto.” POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Modernas bases dogmaticas*. Buenos Aires:Grijley. 2004. P.304. Muito se discute na

Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, a pena, depende da referida teoria do crime para ser aplicado, o que não estiver em conformidade com o estabelecido por ela estará logicamente afastado daquele ramo do direito. Neste sentido a teoria do crime, ao estabelecer critérios para a identificação do que é delito e, por conseguinte, para a imputação de sua consequência, a pena, representa um *método*, pois funciona como o “caminho” para se chegar ao seu conceito.

Deste modo, a teoria do crime, enquanto método penal, reveste de cientificidade o *jus puniendi*, pois dá para ele critérios que tem por escopo explicar e racionalizar aquele poder, ao passo que o limita: tudo o que não se amoldar nos critérios da teoria do crime não poderá ser objeto de punição por parte do Estado.

A limitação ao poder de punir será uma característica marcante não somente do direito penal liberal, mas do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, todavia, na seara penal, foi a dita limitação deu a possibilidade de desenvolvimento dos elementos que compõe a dogmática do delito, os quais são critérios que limitam a intervenção penal, isto é, a manifestação do *jus puniendi*.

Bettiol propõe que toda a história penal pode ser dividida em apenas duas fases: o período do terror e o período liberal. Por período liberal não se entende um conjunto homogêneo de doutrinas, mas, muito ao contrário, um período que possui doutrinas contrastantes entre si, mas que são unidas por um elemento comum: a limitação ao poder de punir⁶. Essa afirmação

doutrina sobre a questão da legitimidade do *jus puniendi* no sentido de haver o Direito do Estado em punir alguém. Todavia, bastante atual é a lição de Tobias BARRETO, segundo a qual essa questão é esvaziada, pois a pena é a manifestação de um *ato de poder*. Segundo ele: “o centro de gravidade do direito criminal está na pena, como o do direito civil está na execução. Ora, ainda não se buscou saber qual a razão filosófica do direito de exequir; para que buscá-la para o direito de punir? De todas as bolhas de sabão metafísicas é talvez essa a mais fútil, a que mais facilmente se dissolve ao sopro da crítica”. BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. T. II. São Paulo:Record. 1991. P.110.

⁶ *Verbis*: “Quando si parla, dunque, di liberalismo nel campo penalistico non si

simplifica a questão, sobretudo se nós considerarmos que desde os primeiros rudimentos de sociedade há a presença do poder penal, que acompanha o homem desde os tempos das sociedades simples – chamadas pelos penalistas de sociedades primitivas⁷ – e que o período liberal somente foi iniciado há pouco mais de duzentos anos, com a construção do princípio da legalidade. Como adverte Ana Lúcia Sabadell: “A idéia de constante evolução rumo ao ‘melhor’ é um legado do iluminismo jurídico, que efetua uma contraposição entre o direito ‘bárbaro e obscurantista’ da época medieval e o direito ‘racional e esclarecido’ que, tendo como fundamento o contrato social, deveria estabelecer regras gerais e racionais, garantir direitos e respeitar a dignidade humana. (...) Como é possível aplicar a uma sociedade estamental, fundada na religião cristã, com seus conceitos hierárquicos e comunitaristas, idéias que começaram a ser formuladas em paralelo ao desenvolvimento do sistema capitalista? Seria como criticar um médico por não administrar um remédio que ainda não foi descoberto!”⁸

Nessa toada, conclui-se que, em que pese a história das idéias penais registrar períodos de marchas e contra-marchas em prol da humanização penal, o princípio da legalidade marca o início do direito penal científico porque somente a partir dele pode-se falar em aplicação limitada deste ramo do direito⁹, por parte dos detentores do poder político. Ele é a máxima expressão desta dita limitação, por isso é regra de sede constitucional¹⁰, sendo o

può fare riferimento ad un insieme chiaro, ordinato, omogeneo di dottrine, ma ad un complesso de concezione tra loro diverse e spesso, sotto certo aspetti, contrastanti, le quali hanno in comune l'esigenza di *garantire l'individuo nei suoi diritti di libertà contro ogni arbitrario intervento statale.*” BETTIOL, Giuseppe. MANTOVANI, Luciano Petoelo. *Diritto Penale*. Pádua: CEDAM. 1986. P. 20.

⁷ Veja-se, por todos, HENTING, Hans von. *La Pena. Origine – scopo – psicologia*. Milão: Fratelli Boca. 1942. P. 40.

⁸ SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione*. Rio de Janeiro: Revan. 2006. Pp.26-27

⁹ CHAVES, Raul. *Da tipicidade penal*. Salvador: S.A. Artes Gráficas. 1958. P.37.

¹⁰ O Princípio da Legalidade é o marco da constitucionalização do Direito Penal. A partir da investigação no conteúdo textual das constituições escritas dos Esta-

fundamento de toda dogmática do crime e da pena. Traga-se, aqui, a lição de Palazzo: “A verdadeira garantia do princípio do Estado de Direito, que no campo penal encontra sua máxima expressão na legalidade dos delitos e das penas, é totalmente política. Ela reside em primeiro lugar em impedir que a pena, ou melhor dito, a pena penal, seja utilizada na contingência da luta política e segundo a mudança das situações, como instrumento de opressão sobre os adversários”.¹¹

É dessa referida limitação que se origina o método penal e se dá a ele status constitucional, visto que a reação penal atinge Direitos Fundamentais, pela pena, e, por isso, sua a Teoria Constitucional no Direito em nesse método um profícuo campo de investigação.

dos Democráticos de Direito, tem-se que a presença do dito Princípio é uma constante, que visa evitar que o poder de punir sirva como um instrumento ilimitado à disposição dos detentores do poder político estatal, prevenindo, assim, o abuso da violência penal. Neste sentido, veja-se SCHMIDT, que defende essa constitucionalização a partir da caracterização formal e material da Legalidade: “Se desejarmos prevenir os abusos estatolátricos de outrora, mister se faz o desenvolvimento de um sistema político de limitação do Estado que vai muito além do simples aspecto formal da atividade política. Agora, não se vincula o Estado somente pela forma do Direito posto, mas, além disso, pelo conteúdo de um Direito intransponível e irrenunciável: o Ordenamento Constitucional”. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. P.373.

¹¹ PALAZZO, Francesco. “Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal”. *Teorías Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1998, p. 154.