

# O PROBLEMA DA PREVALÊNCIA DO PODER NA JURISDIÇÃO PENAL: RUMO AO ESTABELECIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO PENAL COMO PODER-DEVER E DIREITO FUNDAMENTAL

The Prevalence of Power in the Criminal Jurisdiction: moving towards the establishment of a Criminal Jurisdiction as Power-Duty and Fundamental Right

---

Salah Hassan Khaled Jr<sup>1</sup>

RESUMO	ABSTRACT
Este artigo discute o problema histórico de prevalência do aspecto de poder na jurisdição penal, observando o que deve caracterizar a referida jurisdição no contexto de um Estado Democrático de Direito, a partir dos referências teóricas oferecidos por autores como Aury Lopes Jr, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luigi Ferrajoli, Salo de Carvalho e Rogério Lauria Tucci.	This article discusses the historical problem of the prevalent aspect of power in the criminal jurisdiction, noting what should characterize the criminal jurisdiction in the context of a democratic state of law, based on the theoretical framework offered by authors such as Aury Lopes Jr, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Luigi Ferrajoli, Salo de Carvalho e Rogério Lauria Tucci.
<b>Palavras-chave:</b> Jurisdição penal; direito fundamental; poder-dever; Processo Penal; Direito Penal	<b>Keywords:</b> Criminal jurisdiction; fundamental right, power and duty; Criminal Procedure, Criminal Law

## 1 Introdução

Discutir os problemas que dizem respeito ao âmbito da prestação jurisdicional na seara penal exige uma abordagem que enfatize a especificidade que lhes é característica e, portanto, que procure evitar os equívocos inerentes à pretensão de conceitos generalizantes. É neste sentido que Coutinho insiste na necessidade de superação da falácia da teoria geral do processo (MIRANDA COUTINHO, 1998, p.123). Afinal, é impensável um sistema processual abrangente, pensado a partir das categorias do processo civil, pois o crime não é um negócio jurídico e o homem não é *res*.

Apesar dessa constatação, ainda são poucas as vozes discordantes em relação à dita teoria geral do processo, sendo necessário estabelecer o lugar do discurso do processo

---

<sup>1</sup>Professor assistente de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Doutorando e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em História (UFRGS). Especialista em História do Brasil (FAPA). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS). Licenciado em História (FAPA). Líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (FURG/CNPq). Autor de “Ambição de Verdade no Processo Penal (Desconstrução Hermenêutica do Mito da Verdade Real)” - jusPODIVM, 2009 e “Horizontes Identitários (A Construção da Narrativa Nacional Brasileira pela Historiografia do Século XIX)”- EDIPUCRS, 2010. salahhassan@yahoo.com.br

civil, que não pode ser utilizado de forma plena no processo penal, ignorando a diferença de referencial semântico e conduzindo à inevitável legitimação do *status quo* (COUTINHO, 1998, p.123). Logo, é importante ressaltar a inadequação do conceito de lide para o processo penal e, portanto, a irrelevância da discussão em torno da jurisdição voluntária e contenciosa (COUTINHO, 1998, p.134). Enfim, a jurisdição penal deve ser concebida a partir de referenciais adequados às suas peculiaridades. Como assinala Coutinho,

no final das contas, pode não existir conflito algum entre o autor do crime e a parte lesada (pela falta de interesse, de pretensão, de insatisfação à pretensão) e o processo desencadeia-se até a final conclusão. Entre outras coisas, deve-se notar que o conflito de interesses, naqueles termos, implica um conflito de vontades e esse, no processo, em certa medida é indiferente, isto é, mesmo que as partes coloquem-se de acordo e eliminem o conflito, o processo mantém-se até a final decisão; não negar a lide, nesses parâmetros, é impossível. (COUTINHO, 1998, p.134)

O aspecto que se mostra mais evidente em termos de jurisdição penal é certamente aquele que se relaciona a sua dimensão de poder. Segundo Tucci, a jurisdição deve ser concebida como poder-dever de realização de justiça estatal, por órgãos especializados do Estado (TUCCI, 2002, p.46). Para Lopes Jr, enquanto decorrência do princípio da necessidade, trata-se de uma jurisdição cognitiva, “[...] destinada a conhecer da pretensão acusatória (e de seu elemento objetivo, o caso penal) para, acolhendo-a, exercer o poder de penar que detém o Estado-juiz” (LOPES JR, 2008, p.401). Essa é uma concepção pertinente, uma vez que abrange, ao menos, parte das características da jurisdição penal.

No entanto, como Lopes jr destaca, é preciso realizar um deslocamento (à luz da Constituição) para além da noção de poder-dever, ainda que esta não seja negada. Afinal, todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites e mecanismos de controle. Nesse sentido, o grande desafio encontra-se situado na perspectiva de efetivo estabelecimento de uma jurisdição penal enquanto direito fundamental: o direito a ser julgado por um juiz natural (cuja competência está pré-fixada em lei), imparcial e no prazo razoável (LOPES JR, 2008, p.401). De forma semelhante, Coutinho afirma que a jurisdição “a par de ser um poder – e como tal deve ser estudado com proficiência – é uma garantia constitucional do cidadão, da qual não se pode abrir mão” (COUTINHO, 2000, p.3 e ss).

Sem adentrar aqui na distinção entre garantia e direito fundamental, o problema é que historicamente tem se mostrado difícil fazer com que prevaleça o aspecto de proteção do cidadão contra a arbitrariedade do poder na prestação jurisdicional. Ou seja, a idéia de jurisdição como poder (mais ou menos condicionado, dependendo do contexto histórico-

jurídico em questão) tem preponderado. No bojo desta noção de poder, no que se refere à jurisdição penal, está a idéia (acolhida por Carnelutti) de que o poder jurisdicional se conheça sob o nome de direito de punir, coincidindo o poder de punir e o poder de jurisdição penal (CARNELUTTI, 1950, p.149). Trata-se de uma concepção onde a idéia de jurisdição penal fica restrita à noção de punição, o que certamente não é aceitável. A articulação conceitual entre *jus puniendi* e tutela jurídica processual penal compromete uma concepção de jurisdição como direito e/ou garantia. Portanto, é necessária a superação dessa articulação para a construção de um sistema de garantias mínimas orientadas por um olhar constitucional, que se coloquem como limite ao poder punitivo.

A contribuição de Ferrajoli no que se refere ao reconhecimento das características da jurisdição penal é inestimável para o problema em questão. Para o autor, o juízo penal – e toda a atividade jurisdicional – é um *saber-poder*, uma combinação de conhecimento e de decisão (FERRAJOLI, 2002, p.39). Como refere Lopes Jr,

o juízo penal e toda atividade jurisdicional é um *saber-poder*, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*). Com esse entrelaçamento, quanto maior é o poder, menor é o saber, e vice-versa. [...] a dimensão do *poder* – considerado como *coação que afeta o sujeito passivo da atuação processual* – necessário para atingir esse saber tem que ocupar um lugar secundário e permanecer sujeito a regras muito estritas, presididas pelos princípios da necessidade (e respeito aos direitos fundamentais) e proporcionalidade (racionalidade na relação meio/fim) (LOPES JR, 2005, pp.258-259).

Pode ser sustentado que sempre que o poder prevalece sobre o saber (sobre a cognição e sobre as regras do jogo em que deve se desenvolver essa cognição), a pretensão de estabelecer-se uma jurisdição como garantia, como instrumento a serviço da tutela do mais débil, se esvai (LOPES JR, 2005, pp.258-259).

Nesse sentido, é importante a distinção que Ferrajoli estabelece entre estrita jurisdicionalidade e mera jurisdicionalidade, ou seja, a distinção entre um modelo garantista, cognoscitivo, orientado pela averiguação da verdade processual empiricamente controlável e controlada, e um modelo dirigido à descoberta de uma verdade substancial e global, fundada em valores éticos, políticos e morais. Em essência, trata-se da oposição entre o modelo inquisitório e o modelo acusatório. Assim como o conceito de ação penal é privativo do processo penal acusatório, somente uma jurisdição estruturada em torno do sistema acusatório (de acordo com uma leitura constitucional) pode em alguma medida cumprir sua função de limite (de garantia) face aos excessos do poder punitivo. Não há mais espaço para uma concepção de jurisdição como poder do Estado, que pode ser utilizado e definido segundo

suas necessidades. Ela deve ser superada em prol de uma concepção que se mostre mais adequada às feições de um Estado Democrático de Direito.

A questão é que tal modelo ainda está por ser concretizado na realidade concreta, onde o aspecto de poder (e, logo, de possível dano) prepondera. Um exame que aborde o quanto o poder tem preponderado em termos do entrelaçamento necessário entre ação, processo e jurisdição pode se mostrar esclarecedor nesse sentido, ao revelar alguns impasses que precisam ser resolvidos para que uma concepção mais democrática venha a predominar. Nesse sentido, o que se deseja é um modelo que se mostre mais apropriado para uma perspectiva de redução de potenciais danos. Afinal, a existência de um poder punitivo que se exprime através da jurisdição levará inevitavelmente, à ocorrência de tais danos, uma vez que o processo sempre será um ritual de redução da complexidade que não tem a aptidão de reproduzir de forma perfeita e inequívoca o que, de fato, ocorreu.

### **1.1 A jurisdição exercida pela Inquisição**

Abordar um problema de grande envergadura como o insucesso em concretizar uma jurisdição penal como direito fundamental exige que se recorra, em alguma medida, à história. A história demonstra que a luta pela instauração de uma justiça penal que se coloque como limite ao poder punitivo é pautada por uma trajetória que demonstra que os próprios conceitos também têm uma gênese, que revela seus usos e abusos. Demonstra que a continuidade em voga de certas idéias é explicável por razões que podem não se mostrar aparentes de forma imediata. Logo, pode auxiliar a identificar impasses que impedem, de fato, a superação de obstáculos que devem ser ultrapassados para a concretização de um sistema penal verdadeiramente democrático e respeitoso da liberdade dos cidadãos. Dito isso, não se propõe aqui um levantamento exaustivo de períodos e de modelos jurisdicionais respectivos (o que certamente seria incompatível com as dimensões do presente artigo). A intenção consiste em apenas oferecer um esboço das características predominantes dos modelos vigentes no período absolutista e no contexto de instauração dos estados de direito nos oitocentos.

O exemplo mais claro de prevalência do poder sobre o saber (e, logo, de absoluta inexistência de uma dimensão de garantia na prestação jurisdicional) é, evidentemente, o modelo jurisdicional da Santa Inquisição. Para Coutinho, “trata-se do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece” (COUTINHO, 2001, p.18). Uma das características mais

marcantes do modelo era a relação de grande proximidade entre o Estado Absolutista e a Igreja. Era através dessa relação que era determinado o desenvolvimento da cognição, ou seja, o formato do saber, de acordo com os desígnios do poder.

Para Carvalho, a legitimidade oferecida pela Igreja ao Estado, que por sua vez proporcionava a utilização dos quadros burocráticos e administrativos, consolidou um modelo jurídico caracterizado pela intolerância e busca de eliminação da alteridade (CARVALHO, 2003, p.14). Dessa aliança nasceu uma espécie de concepção de delito duplamente censurável: profano e sagrado, contra o Príncipe e contra Deus. A heresia era dupla: contra o dogmatismo religioso e contra o sistema político por ele legitimado. O infrator não era punido pelo resultado danoso produzido, mas sim, pela ameaça que representava para o sistema como um todo. Como aponta Coutinho, crime e pecado eram vistos como sinônimos (COUTINHO, 2001, p.24).

O formato do sistema jurisdicional encarregado de purificar a sociedade e evitar a disseminação da contaminação herética era amparado por dogmas milenares e apresentava características muito específicas. O embasamento em torno de tais dogmas justificava a extração de verdades a partir de confissões obtidas através de quaisquer mecanismos, como a própria tortura, que era legitimada pela chancela divina. Como assinala Lopes Jr, as funções de acusar e julgar se confundiam: o juiz abandonava por completo sua posição de árbitro imparcial e assumia ativamente o posto de inquisidor, sendo encarregado também da acusação e convertendo o acusado em mero objeto de investigação (LOPES JR, 2005, p.157). É nesse sentido que Lopes Jr aponta que “o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar” (LOPES JR, 2005, p.162).

Tratava-se de um modelo onde o acusado era verdadeiramente submetido ao poder e que permanece (ao menos em alguma medida) em vigor. Nesse modelo e nas suas variáveis há uma prevalência inequívoca do poder sobre qualquer possível dimensão de garantia (os princípios de inércia da jurisdição, de imparcialidade do juiz e do juiz natural são absolutamente incompatíveis, por definição, com o modelo inquisitório).

Sob o império da jurisdição inquisitória, o juiz atuava como parte, investigava, dirigia, acusava e julgava. Convidava o acusado a declarar a verdade sob pena de coação (COUTINHO, 2002, p.186). Tamanha era a característica persecutória do sistema, que sequer havia constatação de inocência na sentença que eximia o réu, mas um mero reconhecimento de insuficiência de provas para a sua condenação. A confissão era entendida como a prova

máxima, e não havia qualquer limitação quanto aos meios utilizados para extraí-la, visto que eram justificados pela sagrada missão de obtenção da verdade. No entanto, ironicamente, o que se obtinha era uma “verdade” que reproduzia as convicções pessoais do inquisidor, o qual extraia através da força a confirmação pelo réu da hipótese que ele, o juiz, havia fabricado. É por isso que Carvalho diz que “o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz” (CARVALHO, 2003, p.21). Como diz Lopes Jr, nesse caso “[...] a verdade não é construída pela prova e a instrução, senão que vem dada pelo juiz a partir de sua escolha inicial” (LOPES JR, 2005, p.264). Por aí, percebe-se a natureza da “verdade” obtida pelo procedimento inquisitório a partir de instrumentos e conceitos inteiramente falaciosos, como aponta Lopes Jr:

na busca dessa tal ‘verdade real’, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for ‘bem’ utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema. (LOPES JR, 2005, p.161)

O modelo processual da Inquisição dispensava a cognição e critérios objetivos, gerando uma subjetivação do processo que, de fato, o afastava da comprovação de fatos históricos, supostamente o objetivo por trás da ambição de verdade que o movia (LOPES JR, 2005, p.162). Franco Cordero percebeu que tal modelo – que surpreendentemente permanece tendo adeptos – acaba resultando no primado das hipóteses sobre os fatos:

A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamemo-os ‘primado da hipótese sobre os fatos’: quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada a garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente, a autocrítica; assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da “sua” hipótese. Sabemos com quais meios persuasivos conta [...] usando-a, orienta o êxito para onde quer. (CORDERO, 1986, p.51)

É nesse sentido que Carvalho lembra que as regras do direito canônico impunham instrumentos de gerenciamento, produção e valoração da prova que apenas ratificavam as hipóteses acordadas (CARVALHO, 2003, p.22). No modelo da Inquisição, a única verdade é aquela dogmaticamente imposta, verticalmente, pelo poder, que determina as condições de

produção de saber, comprometendo a qualidade da cognição desenvolvida. Segundo Coutinho,

neste ponto o processo penal acerta as contas com o obscuro: a escolha inquisitorial é determinada pela imagem – quiçá a primeira –, tomada como possível, como real, como verdade: eis o quadro mental paranóico. Decide-se antes (o que é normal no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha (COUTINHO, 2002, p.186).

Embora possa parecer primitivo em termos, seria um equívoco subestimar o modelo jurisdicional da Inquisição. Pelo contrário, servia perfeitamente aos fins que pretendia: reprimia a pluralidade e impunha a ordem, através da busca de manutenção do dogmatismo religioso. Não é por acaso que Carvalho afirma que o saber inquisitório elaborado no período do medievo “não é ingênuo nem aparente, mas real e coeso, fundado em pressupostos lógicos e coerentes, nos quais grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos, alguns ainda em vigor, busca(ra)m inspiração” (CARVALHO, 2003, p.6). Aliás, essa é uma característica em comum entre a intolerância religiosa da Inquisição, a doutrina da segurança nacional na América Latina dos anos 70 e o anti-semitismo nazista. Os métodos da Inquisição ainda correspondem aos anseios de regimes ditatoriais na história recente e, portanto, servem a propósitos de setores conservadores. Isso não chega a ser de todo surpreendente: aos interessados na continuidade do exercício arbitrariedade, pouca importa limitar a incidência do poder sobre o saber, na forma de garantias. Tal disposição se materializa, evidentemente, em um modelo de prestação jurisdicional que se constitui em um instrumento – ainda que ritualizado – de incidência autoritária do poder punitivo. Nesse sentido, não custa lembrar que o Código de Processo Penal Brasileiro se insere em tal lógica, tendo sido promulgado em 1941, em pleno Estado Novo: um regime de viés ditatorial e totalitário, que restringiu as liberdades políticas e eliminou sistematicamente os seus opositores.

Portanto, fica evidente que o sistema inquisitório traz em seu bojo uma pretensão punitiva (aqui pode se falar em pretensão punitiva, conceito que não se coaduna com o sistema acusatório) exercida por um juiz que coage e persegue de forma autoritária. Logo, é inteiramente incompatível com um Estado Democrático de Direito e com uma concepção de jurisdição enquanto direito fundamental. Por isso pode ser dito que a garantia de jurisdição e a máxima “*nulla poena, nulla culpa sine iudicio*” significam muito mais do que simplesmente ter um juiz: exigem um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da

Constituição (evidentemente um juiz que não é instrutor e sem poderes de gestão/iniciativa probatória). Portanto, para que a jurisdição possa efetivamente constituir-se em uma garantia do cidadão, exige-se muito mais do que a exclusividade dos tribunais para impor a pena e o processo como caminho necessário (LOPES JR, 2008, p.109). Que isso fique claro de uma vez por todas.

Infelizmente, a idéia de jurisdição como garantia orientada por uma leitura constitucional ainda está por ser concretizada na prática. Invariavelmente, em maior ou menor medida, a prática acaba conformando um modelo que é sempre inquisitório (ainda que de forma velada).

## **1.2 O movimento reformador e a irrealização de uma jurisdição como instrumento de defesa contra a arbitrariedade**

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que aqui não está sendo proposta uma projeção equivocada das categorias de “garantia” e “direito fundamental” de forma anacrônica, no contexto das reformas do século XVIII e do estabelecimento dos Estados de Direito no século XIX. Considerada essa ressalva, o pensamento que deu origem ao direito penal moderno inegavelmente partiu de uma série de premissas que indicavam o desejo de superação de um direito penal do autor por um direito penal do fato e, por extensão, de uma clara intenção de colocação da prestação jurisdicional como limite ao exercício arbitrário do poder punitivo.

Nesse contexto histórico, diante dos excessos do período absolutista da Inquisição, aos poucos a modernidade foi se impondo e, com ela, surgiu um novo modelo penal e processual penal. Seguindo a orientação de Ruth Gauer,

a modernidade é aqui pensada como um modo de civilização fundado pelo racionalismo moderno. Esse racionalismo embasou toda a concepção de ciência moderna, criou uma consciência secularizada, uma fé inabalável na razão, uma crença no progresso o qual destruiria a tradição e criaria condições ideais para o desenvolvimento humano (GAUER, 2006, p.77).

A partir de Locke e Voltaire constitui-se gradualmente a idéia de tolerância, que seria depois transposta para o direito penal iluminista por Beccaria e Verri. A insensatez e desumanidade do modelo inquisitório foram, de fato, denunciadas pelos pensadores da

Ilustração. Em suma, foi apontado o que deveria ser feito para superar os modelos inquisitivos medievais. Seriam necessárias medidas como

[...] a supressão do suplício gótico, baseado na rudeza da resposta penal, na esfera das penas; o controle prévio do conteúdo das condutas puníveis, no que tange à definição dos crimes; e a criação de instrumentos que superem os métodos pouco científicos de obtenção da verdade, na órbita do processo penal (CARVALHO, 2006, p.28).

O avanço representado por tais noções é absolutamente incontestável. Houve, de fato, uma verdadeira reelaboração teórica da lei penal e do que deveria representar a prestação jurisdicional, promovida por Beccaria, Bentham e Brissot, entre outros. Carvalho relaciona as características do modelo proposto pelos pensadores iluministas:

O projeto de racionalização da justiça penal advém, portanto, da enunciação do princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, scripta et scripta*), do estabelecimento de critérios de razoabilidade e proporcionalidade às penas e, sobretudo, da visualização de aparelho processual baseado em estrutura acusatória na qual as figuras de juiz e acusador sejam distanciadas, ao réu seja garantida ampla defesa, e mecanismos de controle e valoração da prova e do raciocínio do juiz sejam ativados para resguardar as partes. (CARVALHO, 2006, p.28)

Com o estabelecimento do Estado de Direito em oposição ao Estado Absolutista, ocorreu a secularização do direito penal. Como afirma Carvalho, “com a laicização do Estado e do direito, o crime não corresponde mais à violação do divino, mas à livre e consciente transgressão da norma jurídica promulgada pelo Estado, submetendo o infrator à penalidade retributiva decorrente do inadimplemento [...]” (CARVALHO, 2003, p.43). Portanto, a infração não deveria mais ter qualquer relação com a falta moral ou religiosa. O crime passava a ser entendido como a ruptura da lei, da lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político (FOUCAULT, 2003, p.80).

Do repúdio às arbitrariedades do período absolutista, foram colocados os fundamentos do direito penal moderno, cuja característica era de uma intervenção limitada e restrita, bem como de tutela de liberdades individuais diante de um Estado propenso a violar os direitos do cidadão. Para Carvalho,

os fundamentos do direito penal moderno são lançados em bloco pela Ilustração, tendo em vista a coerência de suas proposições: a lei penal – geral, anterior, taxativa e abstrata (legalidade) – advém de contrato social (jusnaturalismo antropológico), livre e conscientemente aderido por pessoa capaz (culpabilidade/libre arbítrio) que se submete à penalidade (retributiva) em decorrência da violação do pacto por

aiticidade externamente perceptível e danosa (direito penal do fato), reconstituída e comprovada em processo contraditório e público, orientado pela presunção de inocência, com atividade imparcial de magistrado que valora livremente a prova (sistema processual acusatório) (CARVALHO, 2003, p.43)

Portanto, havia um significado humanitário no paradigma, onde estavam previstos limites ao poder de punir face à liberdade individual e onde era empreendida uma racionalização do poder punitivo, buscando garantir o indivíduo contra toda a intervenção autoritária, o que pode ser percebido de forma clara na obra de Beccaria, por exemplo.

Abria-se assim a possibilidade de realização de uma jurisdição que também contemplasse a idéia de garantia do cidadão contra a arbitrariedade. Sua natureza indica a busca de utilização da razão como instrumento de resistência à barbárie e ao irracionalismo inquisitorial (CARVALHO, 2003, p.57). Certamente que mesmo limitada pela lógica da modernidade, a crença na razão importava em um avanço face ao sistema inquisitório. O problema é que a própria crença na razão se tornaria justificativa para a não realização do modelo e para sua desfiguração, a partir do surgimento de um novo tipo de dogmatismo: a cientificidade oitocentista.

Além disso, deve ser destacado que apesar de ter sido utilizado para impulsionar a ascensão da elite burguesa ao topo da hierarquia social, esse corpo de saber ilustrado logo perdeu boa parte de seu caráter humanista, já que esgotada sua utilidade para o novo grupo dirigente. Por isso cumpre lembrar que não basta observar apenas a coerência interna de um discurso, mas sim os efeitos por ele produzidos no campo das práticas. Houve decididamente uma desfiguração do modelo na transposição da teoria para uma prática. Esse desdobramento não foi fruto do acaso: sua ocorrência se deu de acordo com o que era ou não conveniente para a nova configuração de poder que se estabelecia. A estrutura de limitação do poder que tinha como base a idéia de legalidade logo se mostrou insuficiente em virtude de uma série de distorções que atingiram o seio da prestação jurisdicional penal, pois a teoria não se verificava na prática. O poder preponderava sobre o saber e sobre a dimensão de garantias.

Ferrajoli comenta que “por certo, o modelo iluminista da perfeita ‘correspondência’ entre previsões legais e fatos concretos e do juízo como aplicação mecânica da lei é uma ingenuidade filosófica viciada pelo realismo metafísico” (FERRAJOLI, 2002, p.39). Todavia, o autor ressalta que se pode “salvaguardar o valor teórico e político se – e somente se – for redefinido como *modelo limite*, nunca plenamente alcançável, senão apenas aproximável e, sobretudo, se forem esclarecidas as condições na presença das quais este pode

ser *mais* ou *menos* satisfeito” (FERRAJOLI, 2002, p.39). Certamente, pela conformação que acabou por assumir, pendia para o lado do menos, e não do mais.

Isso é facilmente demonstrável, pois o *Code d’Instruction Criminale* francês de 1808 operou uma cisão entre investigação e juízo, deixando o chamado juízo de fato inteiramente em um âmbito inquisitório. Percebe-se claramente que o poder não podia abrir mão do controle sobre a produção do saber: a concepção iluminista acabou dando origem a um monstro – o sistema bifásico – que separou o processo em duas etapas distintas. A primeira etapa, onde a prova era colhida, era completamente inquisitória e desprovida de contraditório, restando a singela ilusão de um sistema acusatório para a segunda fase, onde o juiz participava exercendo um suposto mero juízo de fato, que já havia sido averiguado. Em essência, o cerceamento à defesa era quase completo. O rompimento que havia sido proposto ao sistema inquisitório ficava para trás, limitado ao papel. Não é fácil subverter a conexão entre prova, verdade e história que deve se constituir em um limite ao poder, pois de certa forma, ela é evidente. Entretanto, ardilosamente, essa relação foi encoberta.

Considerando a classificação proposta por Ferrajoli, que divide a prestação jurisdicional em saber e poder, fica claro que o núcleo histórico de saber do processo permanecia inteiramente viciado devido à ausência de controle e, sendo assim, prevalecia o autoritarismo. Pela ausência de freios ao poder, o saber acabava por ser autoritário, pois a suposta verdade histórica era constituída de acordo com a conduta tipificada que a investigação pretendia atribuir ao acusado. Não basta apenas estabelecer a legalidade formalmente e depois imputar arbitrariamente a responsabilidade a quem bem entenda o poder estabelecido. Sem um controle efetivo, o saber que resultava de tal modelo restava inteiramente viciado.

Se no sistema da Inquisição o juiz apenas confirmava uma verdade a que ele mesmo havia dado origem, no sistema bifásico, a “verdade” obtida também não correspondia aos eventos, mas sim, às intenções dos investigadores originais. Como Lopes Jr afirma, Napoleão “como ‘bom’ tirano jamais concordaria com uma mudança dessa natureza [do inquisitório para o acusatório] se não tivesse certeza que continuaria tendo o controle total, através da fase inquisitória, de todo o processo” (LOPES JR, 2005, p.165). Percebe-se, portanto, a que verdade correspondia o mero juízo de fato. Certamente, não era uma verdade correspondente ao real e nem pretendia sê-lo, embora o jargão científico estivesse a justificá-la, por trás da conveniente armadura do discurso do campo de saber predominante por excelência nos oitocentos.

Essa nova espécie de distorção é facilmente explicável pelas dificuldades que a nova ordem encontrou em estabelecer sua dominação sobre o conjunto da sociedade (HOBSBAWM, 2000). A Revolução Francesa foi um processo descontínuo e tumultuado, onde o Terror Jacobino havia afetado privilégios da alta burguesia ao adotar uma série de medidas de caráter popular que atingiram os interesses de tais elites. Ameaçada e incapaz de manter o controle da sociedade, mesmo após a reação thermidoriana que derrubou os jacobinos, a alta burguesia concordou em abrir mão do exercício direto do poder político e delegá-lo a Napoleão. A ele coube a tarefa de garantir a realização e estabilização de um novo ordenamento social, mesmo que pela força. É evidente que dentro desse contexto a primazia do poder se manifestaria em sede jurisdicional, como elemento importante de controle do corpo social.

Portanto, a colocação de uma nova estrutura social implicava na necessidade de meios coercitivos para garantir o novo *status quo*. Dessa forma, a perpetuação do sistema inquisitório – ainda que de forma velada – era uma garantia de manutenção da ordem através do autoritarismo típico do inquérito policial, ainda que disfarçado por um cientificismo demagógico, que afirmava a imparcialidade e neutralidade do juiz. Como refere Coutinho, “desde logo, no entanto, é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de conseqüência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história” (COUTINHO, 2001, p.15)

Sob a chancela da ciência e da busca de objetividade surgia uma investigação processual destinada a garantir a permanência da nova ordem, sustentada pela falácia do mero juízo de fato. O sistema acusatório se via, assim, inteiramente desfigurado. Percebe-se que a jurisdição como instrumento de garantia face ao poder era tão inconcebível nesse sistema como na Inquisição. A verdade simplesmente não era colocada em questão no processo, não era vista como um ponto de disputa; era simplesmente dada pelos desígnios do poder. Lopes Jr afirma – a partir da distinção entre atos de investigação e atos de prova – a impossibilidade de admitir-se uma verdade que não é processual, visto que é somente no processo que há uma estrutura dialética onde pode haver observância das garantias de contradição e defesa (LOPES JR, 2005, p.257). Todavia, em pleno contexto atual, juízes permanecem tomando decisões com base em provas colhidas no inquérito policial. De forma surpreendente, ignora-se a originalidade que deve pautar a etapa processual, permitindo a valoração de elementos originados em uma etapa meramente investigatória. Não basta afirmar que é acusatório e permitir a utilização de elementos da fase inquisitória, que contaminam a segunda etapa, pois

*R. Fac. Dir. UFG, V.34, n. 01, p. 64-87, jan. / jun. 2010 ISSN 0101 - 7187*

é o princípio unificador que define a natureza do sistema (COUTINHO, 2001, p.17). Por isso, não faz sentido falar em um sistema misto, ou sistema bifásico, como se fosse um terceiro sistema. O sistema é, na sua essência, acusatório ou inquisitório. Seguir a ilusão do sistema misto é perpetuar a ingerência do poder sobre o saber: significa seguir a trilha ditatorial estabelecida por Napoleão em pleno refluxo da Revolução Francesa. Certamente que este não pode ser considerado um modelo apto de jurisdição para uma sociedade que pretende ser democrática.

Portanto, na medida em que a forma de gestão da prova excluía (ou no mínimo limitava muito) o contraditório quanto à formação da dimensão de saber, o instrumental de garantia do sistema misto era extremamente precário. Seu suposto mecanismo de acesso a verdades históricas, o mero juízo de fato já verificado de antemão, configurava novamente (ainda que de forma velada) o substancialismo inquisitorial.

A conclusão é inevitável. O avanço concreto das reformas do século XIX é tímido face ao que propunham os reformadores do século XVIII: inicialmente, o humanismo reformador foi suprimido em nome de uma cientificidade que propunha a neutralidade absoluta e, posteriormente, por uma guinada ideológica que retomou grande parte dos males da inquisição, ainda que sob outros pressupostos, com a criminologia positivista, cujo mais conhecido expoente foi Lombroso. Portanto, o que surgiu como um autêntico direito de resistência ao autoritarismo estatal acabou por ser transposto para uma lógica de conformação da nascente ordem burguesa, descaracterizando em grande margem o que havia sido proposto, em prol do nascimento da sociedade disciplinar, como Foucault percebeu.

A jurisdição tornava-se um meio de exercício autoritário do *jus puniendi*, pretensamente legitimado por uma estrutura processual que permitia o “contraditório”. Pouco se verificou concretamente em termos de avanço, pois a noção de poder (e mais especificamente, de poder punitivo) continuava dominando a atividade jurisdicional. As intenções de controle se sobrepunham ao projeto iluminista. Como aponta Foucault,

Todo aquele “arbitrário” que, no antigo regime penal, permitia aos juízes modular a pena e aos príncipes eventualmente dar fim a ela, todo aquele arbitrário que os códigos modernos retiraram do poder judiciário, vemo-lo se reconstituir progressivamente do lado do poder que gere e controla a prisão. (FOUCAULT, 2008, p.207)

É nesse sentido que Foucault aponta que o “surgimento da sociedade disciplinar se relaciona ao surgimento de um fato que teve dois lados aparentemente contraditórios: a

reforma, a reorganização do sistema judiciário e penal nos diferentes países da Europa e do mundo” (FOUCAULT, 2003, p.79).

Em termos práticos, a objetificação inquisitória apenas se deslocou de posição, não tendo sido fundamentalmente colocada em questão. Foi operada uma continuidade no campo das práticas punitivas, de algo que havia sido afastado no plano teórico. O que de fato mudou foi o parâmetro de exclusão e seleção, que se dava a partir de uma outra lógica de conformação social. Como refere Foucault, é possível afirmar que

A prisão não é filha das leis nem dos códigos, nem do aparelho judiciário; que não está subordinada ao tribunal como instrumento dócil e inadequado das sentenças que aquele exara e dos efeitos que queria obter; que é o tribunal que, em relação a ela, é externo e subordinado (FOUCAULT, 2008, p.254).

A inversão que Foucault detecta – de uma jurisdição enquanto limitação do poder punitivo a uma jurisdição subordinada ao âmbito das práticas punitivas – sinaliza o afastamento completo e a desfiguração degenerativa a que as práticas submeteram o discurso reformador moderno.

Portanto, além do restabelecimento da arbitrariedade nas margens de um aparato legal que foi concebido para limitar o poder punitivo, ocorreu um refluxo em direção à personalização da responsabilização penal, sendo retomados os pressupostos inquisitórios. Essa distorção não foi fruto do acaso: sua ocorrência se deu de acordo com o que era ou não conveniente para a nova configuração de poder que se estabelecia. O século XIX é um século de grandes tensões sociais, onde o sistema capitalista ainda se encontrava em momento de afirmação. É nesse sentido que a modernidade é decididamente ambígua. O mundo moderno é um mundo de paradoxos. Ou seja, em termos de processo penal e de direito penal, a ruptura entre Absolutismo e Estado de Direito Liberal não foi tão significativa como deveria ter sido. O estabelecimento de um modelo de mera legalidade (onde o critério de validade da norma tinha como único fundamento a autoridade legítima) e a constituição de um aparato carcerário que funciona nas margens dessa legalidade são exemplos manifestos dessa ambigüidade.

Por mais triste que soe a constatação, parece claro que continuamos presos a boa parte dos limites até aqui observados. Os dispositivos de caráter inquisitório do CPP continuam dando vazão ao deslocamento do juiz da sua posição de terceiro imparcial; os elementos oriundos do inquérito policial permanecem sendo utilizados, de forma indevida, como subsídios para formação de convicção; e a febre cada vez maior por prisões cautelares é

um indicativo preocupante da ingerência do aparato penitenciário sobre o âmbito da prestação jurisdicional. Sem dúvida, se faz necessária uma releitura de toda a dinâmica do sistema, desde suas bases fundantes.

## **2 O *jus puniendi* colocado em questão – para além da dicotomia Direito Penal objetivo e Direito Penal subjetivo: a jurisdição como poder-dever e direito fundamental**

Uma vez identificados os problemas inerentes aos modelos jurisdicionais do período absolutista e dos estados de direito do século XIX, abre-se a possibilidade de fundamentação de uma jurisdição penal enquanto direito fundamental, a partir da especificidade que deve distinguir a jurisdição em um Estado Democrático de Direito. Parece claro que uma fundamentação para a jurisdição penal enquanto poder-dever e direito fundamental deve partir, necessariamente, de uma desconstrução no âmbito do Direito Penal, pois é de lá que surge o embasamento para a equivalência entre jurisdição e direito de punir. A relação é, portanto, mais do que necessária.

A distinção entre direito penal e processo penal é historicamente recente, tendo se consagrado no século XX. Mesmo que o desenvolvimento da autonomia do direito processual penal tenha sido importante e tenha acarretado a superação da classificação direito penal substantivo e adjetivo, deve ser lembrado que as fronteiras são necessariamente borradas para disciplinas tão estreitamente relacionadas. Afinal, enquanto o Direito Penal é “constituído pelas normas que definem os princípios jurídicos que regulam os seus institutos, definem as condutas criminosas e cominam as sanções correspondentes” (BITENCOURT, 2008, p.6), o Processo Penal é o instrumento através do qual pode ser imposta uma pena em função de um delito. De modo que existe uma íntima relação entre delito, pena e processo, que são complementares (LOPES JR, 2008).

Em virtude disso, a relação entre direito penal e processo penal deve ser pensada através de uma dinâmica onde exista autonomia da dimensão processual, porém, conexas instrumentalmente ao caso penal, como sustenta Coutinho. De acordo com o autor,

A sanção penal, no nosso processo penal, só pode ser aplicada através da jurisdição – e deve sê-lo através do devido processo legal – [...] cometido o crime, a sanção só será executada a partir da decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição de um fato pretérito, o crime, na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade ou da periculosidade. (COUTINHO, 1998, p.137)

Segundo o autor, “a jurisdição atua para fazer o accertamento do fato, e o processo é o meio que utiliza para concluir se o réu deve ser punido ou não” (COUTINHO, 1998, p.138). Coutinho considera que no caso penal “[...] estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto a aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo auto-executável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o accertamento do caso penal” (COUTINHO, 1998, p.138). Portanto, o poder punitivo somente pode ser exercido através de um meio altamente formalizado de exercício do *jus perseguendi*: a instrumentalidade processual penal.

Com efeito, é somente através do devido processo legal que a jurisdição pode ser efetivamente exercida e uma vez verificados os elementos que integram o conceito jurídico de crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), impor uma pena ao autor da transgressão. De acordo com Vieira e Queiroz, “o processo penal é parte do direito penal, porque nada mais é do que um *continuum* deste, ou seja, o direito processual penal é o direito penal em movimento, e, pois, formam uma unidade” (VIERA e QUEIROZ, 2008, p.471). Portanto, o processo penal, juntamente com sua regulamentação jurídica, é um instrumento do Direito Penal (HASSEMER e MUNÕZ CONDE, 1989, p.125). Nele se realiza o Direito Penal, que lhe subscreve os objetos que deve investigar e sobre os quais deve se pronunciar, o que torna manifesta a relação de complementaridade entre ambos.

Pensando a partir dessa relação, a questão aqui proposta é se a idéia de *jus puniendi* se coaduna com a idéia de jurisdição como direito fundamental e, inclusive, com a idéia de poder-dever. Anteriormente foi referido que a concepção de Carnelutti articula diretamente *jus puniendi* e jurisdição penal. O termo *jus puniendi* se vincula à distinção entre Direito penal objetivo e subjetivo, que surgiu no século XIX (com Karl Binding), identificando-se o Direito Penal em sentido objetivo com as normas penais em si, e o subjetivo com o *jus puniendi*, ou seja, o Direito de punir, cuja titularidade pertence ao Estado (BRANDÃO, 2008, p.10). De acordo com essa perspectiva, o Direito Penal subjetivo

expressa a faculdade que o Estado tem de elaborar e fazer cumprir suas normas, além de executar as decisões condenatórias emitidas pelo Poder Judiciário.

Portanto, de um lado, denomina-se Direito Penal objetivo o conjunto de normas criadas ou reconhecidas por um determinado Estado soberano, a partir de um ato legislativo que importa necessariamente em uma valoração e é circunscrito a um território específico; de outro lado o Direito Penal subjetivo advém do próprio conjunto de normas que são estabelecidas pelo Direito Penal objetivo, sendo que este impõe uma série de limites que caracterizam a função de garantia do cidadão diante de possíveis arbitrariedades estatais. Entretanto, cumpre lembrar que ainda que limitado pelos pressupostos da legalidade, o *jus puniendi* é exercido de forma coativa por parte do Estado, que detém o monopólio do uso legítimo da força, através de seu poder de império. Esse monopólio não se transfere mesmo nos casos de ação processual penal privada, pois ainda assim cabe ao Estado executar a sentença condenatória, ou seja, exercer o *jus puniendi*.

Essa é a forma com que a matéria é tradicionalmente compreendida. Uma compreensão que pouco se modificou desde o contexto oitocentista que a originou e que decididamente precisa ser pelo menos parcialmente superada, pois o prazo de validade dos pressupostos positivistas se encontra definitivamente expirado.

Conforme refere Ferrajoli, o modelo positivista clássico reduzia a validade de uma norma à sua existência jurídica (Hobbes, Bentham, Kelsen, Hart, Bobbio e tantos outros) – considerando-a apenas como mero produto de um ato normativo de acordo com as normas que regulam sua produção. Jamais entrava em questão o significado ou conteúdo normativo das normas produzidas. Sem dúvida, a mera legalidade é uma concepção insuficiente para os modernos Estados Democráticos de Direito, onde se exige também conformidade do significado dos enunciados normativos produzidos e valoração da correspondência do seu conteúdo com o “dever ser” jurídico estabelecido por normas superiores, de natureza constitucional. Trata-se de estrita e não de mera legalidade. Esse é um diferencial importante dos Estados Democráticos de Direito que aponta o caminho a seguir em busca de uma jurisdição penal como direito fundamental.

Ao problematizar a questão dos limites do poder punitivo, Ferrajoli afirma que em um modelo de estrita legalidade, é necessário que a própria elaboração das normas esteja

em conformidade com um núcleo principiológico que é característico de um Estado Democrático (Constitucional) de Direito, não sendo mais aceitável que o critério de validade da norma se restrinja única e exclusivamente ao fato de ter sido criada pelo Estado (como era o caso nos Estados de Direito). De acordo com essa perspectiva, de um lado colocam-se limites quanto à criação de normas penais, postos por *garantias penais* e de outro, limites quanto à aplicação de normas penais, que são *garantias de persecução: processuais e de execução*. Ou seja, a própria hierarquia normativa exige conformidade das normas inferiores com as superiores, sendo importante nesse sentido a distinção entre vigência e validade.

Como aponta Ferrajoli, efetivamente existem normas acerca da produção de normas, que se tornam inválidas se violam princípios constitucionais de direitos humanos. Não se trata somente de regularidade formal, mas material também. Portanto, uma determinada norma pode ter **vigência (formal)**, observando-se apenas o critério de legitimidade jurídica formal, mas não ter **validade (material)** por estar em desconformidade com significados ou conteúdos normativos delimitados constitucionalmente. No Estado Absolutista validade e vigência eram equivalentes, assim como no Estado de Direito oitocentista. O Estado Democrático de Direito caracteriza-se justamente por essa possível divergência. A validade das normas exige conformidade com os valores estabelecidos por outras normas superiores a elas. Uma teoria juspositivista contemporânea como a de Kelsen não faz essa distinção, pois para o autor, todo Estado é um Estado de Direito, equivalendo-se vigência e validade. A possibilidade de invalidade de uma norma vigente se abre diante da recusa dessa premissa, a partir da qual por muito tempo se afirmou que o ordenamento jurídico é um todo completo e coerente, desprovido de lacunas.

Em um Estado Absoluto, a resposta à questão “quando e como punir?” é muito simples: “quando e como queira o soberano”. Já no Estado Democrático de Direito, são normas constitucionais que oferecem as respostas aos problemas do “quando” e do “como”. Para Ferrajoli, dependendo do caráter vinculante das respostas, um sistema será mais ou menos garantista, mais ou menos de “direito”. Dessa forma, a técnica de legitimação interna própria do direito penal consiste em vinculações ou imperativos negativos que prescrevem ao legislador e/ou ao juiz, quando e como não punir, não proibir, não julgar, etc. Em um Estado Democrático de Direito, resultam vinculantes para todas as normas de nível inferior, uma distinção muito importante em relação ao contexto do positivismo clássico de outrora.

Como lembra Lopes Jr, uma vez que o conflito entre direito natural e direito positivo foi superado em função da constitucionalização dos direitos naturais pela maioria das constituições, o problema passa a ser a efetivação de direitos fundamentais (LOPES JR, 2008, p.107). Segundo o autor, “[...]o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da constituição” (LOPES JR, 2008, p.108).

Portanto, os direitos fundamentais constituem-se como duplo núcleo de legitimação e limite da intervenção jurídico-penal. O limite dado por esse núcleo principiológico constitucional se manifesta (ou deveria se manifestar) tanto em sede de aplicação da norma quanto da sua elaboração, sendo essa a especificidade que distingue os Estados Democráticos (Constitucionais) de Direito dos antigos Estados de Direito do século XIX e dos Estados Absolutistas. Como refere Luiz Flávio Gomes, “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” (GOMES, 2008, p.53). O autor relaciona os seguintes princípios: princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos; princípio da intervenção mínima; princípio da exteriorização ou materialização do fato; princípio da legalidade do fato; princípio da ofensividade do fato; princípio da responsabilidade pessoal; princípio da responsabilidade subjetiva; princípio da culpabilidade; princípio da igualdade; princípio da proibição de pena indigna; princípio da humanização das penas e princípio da proporcionalidade (GOMES, 2008, p.54). São princípios que conformam um conjunto de limites cuja estrita observância possibilita um controle efetivo sobre a incidência do poder punitivo.

A conjunção de garantias penais e processuais penais conduziria, dessa forma, a um sistema que legitima democraticamente o exercício do poder punitivo e também deslegitima seu uso abusivo. São proposições prescritivas que referem o que, de fato, deveria ocorrer em um Estado Democrático de Direito, mas que, infelizmente, nem sempre acontecem, tanto no âmbito de criação como no de aplicação da norma.

Infelizmente, a realização plena do modelo democrático e garantista é uma meta a ser perseguida, pois muitas vezes os direitos fundamentais normativamente reconhecidos são desconsiderados em maior ou menor medida no momento de sua aplicação efetiva (BUSTOS RAMIREZ e MALARÉE, 1997, p.33). Pode parecer um defeito do Estado Democrático de

Direito, mas é, ao contrário, o pressuposto da sua função garantista. Num Estado Absoluto não existem antinomias decorrentes de divergência entre níveis normativos – validade das normas confunde-se com vigência. Portanto, é no âmbito da validade e de acordo com uma releitura constitucional do processo penal brasileiro que os institutos devem ser repensados. É justamente esse o ponto de tensão que merece ser suscitado no que se refere ao sentido da prestação jurisdicional penal.

A partir dessa perspectiva, coloca-se a pergunta: será aceitável a idéia de um “direito de punir” em um Estado Democrático de Direito? Considerando-se que essa idéia favorece duas interpretações indesejáveis (leitura processual penal isolada de uma interpretação constitucional e ênfase no aspecto de poder da jurisdição), parece evidente que não. Colocar a categoria *jus puniendi* em questão é uma proposta audaciosa: o seu reconhecimento é praticamente unânime na doutrina. O máximo que se discute são os limites do chamado *jus puniendi*, mas praticamente não há debate em torno da validade da categoria, mesmo dentro de obras consideradas progressistas. No entanto, parece ser exatamente esse o ponto de partida para um entendimento da jurisdição penal como direito fundamental.

O rompimento com a noção de *jus puniendi* torna possível repensar a velha categorização dicotômica de Direito Penal objetivo e subjetivo a partir de outros pressupostos. Como bem assinala Brandão, os princípios constitucionais limitadores da atividade punitiva estatal são de extraordinária importância para a Dogmática Penal, mas não se situam no campo do Direito Penal (BRANDÃO, 2008, p.12). Para ele, não é viável sustentar a dicotomia Direito Objetivo *versus* Direito Subjetivo em uma interpretação constitucional do Direito Penal (BRANDÃO, 2008, p.12). Os princípios jurídico-penais transcendem a dimensão do Direito Penal, uma vez que são princípios de ordem constitucional. Portanto, o estudo dos limites à aplicação da pena por parte do Estado não se dá no campo de um pretense Direito Penal subjetivo, mas sim, nos Princípios de Direito Penal. Sendo assim, não faz mais sentido ater-se a uma distinção originada no século XIX e que não se justifica diante do panorama jurídico-penal contemporâneo.

Brandão argumenta que não há propriamente um direito do Estado de punir com a retirada de direitos fundamentais à vida, à liberdade e ao patrimônio, pois seria uma contradição reconhecer a existência de um direito subjetivo do Estado a violar direitos subjetivos constitucionais do sujeito (BRANDÃO, 2008, p.12). A solução para o impasse é o

*R. Fac. Dir. UFG, V.34, n. 01, p. 64-87, jan. / jun. 2010 ISSN 0101 - 7187*

reconhecimento de um *dever estatal de punir* diante de um crime, uma vez que se fazem presentes os seus requisitos (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), o que é muito diferente de um direito. Essa concepção parece mais apropriada inclusive, para fundamentar o entendimento (de Tucci) de jurisdição como poder-dever de realização de justiça estatal, por órgãos especializados do Estado. Mas o mais importante é que permite um passo além dessa concepção.

Pensar a jurisdição como direito fundamental, como propõe Lopes Jr, “significa descolar da estrutura de pensamento no qual a jurisdição é um poder do Estado e que, portanto, pode pelo Estado ser utilizado e definido segundo suas necessidades” (LOPES JR, 2008, p.401). Tem razão Brandão quando busca desconstituir a noção de *jus puniendi*: ela se presta, sem dúvida, a fundamentar (entre outras coisas) uma noção de jurisdição onde o aspecto que prevalece (ainda que condicionado) é o poder.

O Direito Penal é, por excelência, um meio de controle social formal do qual se vale o Estado para efetivar a função constitucional de garantir a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade etc. De outro lado, na medida em que a intervenção jurídico-penal implica em restrições a direitos fundamentais (como a liberdade e o patrimônio) sua aplicação sempre deve ocorrer em conformidade com princípios constitucionais penais e processuais penais que se colocam como limite inegociável à concretização do poder punitivo. Esse entendimento inclusive implica em outro modelo de juiz: como afirma Luiz Flávio Gomes, o juiz “[...] 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 fundamentais (do indivíduo) positivados na lei, na Constituição e no Direito humanitário internacional” (GOMES, 2008, p.60). Além disso, como aponta Coutinho, também não pode ser esquecida a necessidade de reconhecimento dos espaços de subjetividade dentro da jurisdição. Ao abrir espaço para a psicanálise, o autor procura enxergar melhor os mecanismos de decisão do processo penal e superar problemas inerentes à própria (de)formação do juiz, dando-lhe conhecimentos adequados daquilo que lhe pode acontecer e por extensão, demonstrando a necessidade de uma jurisdição que se estabeleça como um espaço de garantias (COUTINHO, 1998, p.134 e ss).

**Portanto, de acordo com a argumentação aqui sustentada, o Direito Penal (e a jurisdição penal, por extensão, a partir de uma concepção integrada) se caracterizaria**

**por ser um mecanismo de limitação do poder punitivo, através de uma intervenção restrita e seletiva, mas exigível em certos casos, diante da intolerabilidade face aos conflitos que ameaçam a paz social e colocam em risco o bem comum, objetivando a redução de danos em relação a inocentes através da busca da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas.**

Essa definição permite reconfigurar a já superada dinâmica do *jus puniendi e jus perseguendi* de acordo com pressupostos mais adequados às feições de um Estado Democrático de Direito. **Portanto, permite pensar efetivamente na jurisdição como um poder-dever e um direito fundamental.**

Lopes Jr. enumera quatro princípios que demarcam a idéia de uma jurisdição penal como direito fundamental: a) princípio da inércia da jurisdição; b) princípio da imparcialidade; c) princípio do juiz natural e d) princípio da indeclinabilidade da jurisdição. O princípio da inércia da jurisdição é decorrência do sistema acusatório e indica que o juiz somente poderá exercer o poder mediante prévia invocação – declaração petítória – feita por parte legítima (exercício da pretensão acusatória, através de denúncia oferecida pelo Ministério público, nos termos do art. 129 I, da Constituição ou queixa-crime se a iniciativa for privada). O princípio da imparcialidade impõe ao juiz um afastamento estrutural, um alheamento em relação às atividades das partes (acusador e réu) e evita, principalmente, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz. O princípio do juiz natural, por sua vez, não é um atributo do juiz, mas verdadeiro pressuposto de sua existência e consiste no direito de que cada cidadão saiba de antemão a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico penal. Finalmente, o princípio da indeclinabilidade da jurisdição é uma garantia que decorre e assegura a eficácia da garantia da jurisdição, no sentido de infungibilidade e indeclinabilidade do juízo, assegurando a todos o livre acesso ao processo e ao poder jurisdicional (LOPES JR, 2008, pp.402-406).

Tais princípios sinalizam com uma concepção de jurisdição estruturada em torno de outras bases, deixando de lado o anacronismo em que incorrem aqueles que enxergam uma correlação jurisdição penal e um suposto *jus puniendi*. Por outro lado, indicam a necessária atenção ao espaço específico da intervenção jurídico-penal, permitindo o afastamento definitivo da equivocada teoria geral do processo. Como refere Coutinho,

[...] a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral. Em suma, teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais (COUTINHO, 1998, pp.122-123).

Não é por acaso que Ferrajoli argumenta que o funcionamento do sistema penal é um dos indicativos mais seguros do quanto é democrática ou autoritária uma sociedade. O que dizer da nossa sociedade então, se o processo rotineiramente se torna uma pena em função de sua (de)mora, se a prisão cautelar é a regra e se o juiz continuamente se desloca de sua posição de garantidor (justificado pela falácia da verdade real)? As mudanças são urgentes e não podem mais esperar. Como referem Viera e Queiroz, “o Direito é uno, não podendo, por isso, ser garantista num momento (penal) e antigarantista noutra (processual)” (VIERA e QUEIROZ, 2008, p.474).

É somente a partir de uma perspectiva de jurisdição como garantia contra o autoritarismo que o próprio Direito Penal tem condições de se legitimar, na medida em que a intervenção jurídico-penal é invocada para assegurar a proteção de bens jurídicos e direitos fundamentais, observando e respeitando, simultaneamente, garantias fundamentais. Como refere Lopes Jr, “o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido” (LOPES JR, 2008, p.6). Afinal, o sistema penal em um Estado Democrático de Direito deve ser um sistema de garantias, onde a resposta penal somente deve surgir a partir da aplicação de um modelo que exclua a arbitrariedade tanto no momento de elaboração da norma quanto no de sua aplicação.

### **Referências Bibliográficas:**

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BUSTOS RAMIREZ, Juan J e MALARÉE, Hernán Harmazabal. Leciones de Derecho Penal Volumen I. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinaridade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.) Sistema Penal e Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Pena e garantias. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CORDERO, Franco. Guida alla procedure penale. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: Anuário Ibero-americano de direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. In: Separata do !TEC, ano.1 n.4, 2000.

\_\_\_\_\_. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.) Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2008.

GAUER, Ruth M. Chittó. O reino da estupidez e o reino da razão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Limites do “Ius Puniendi” e Bases Principiológicas do Garantismo Penal. In: MOREIRA, Rômulo. Leituras Complementares de Processo Penal. Salvador: JusPODIVM, 2008.

HASSEMER, Winfried e MUNÕZ CONDE, Francisco. Introduccion a la Criminologia y al Derecho Penal. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HOBBSAWM, Eric J. A era das revoluções: Europa 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional: Volume 1. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: RT, 2002.

VIERA, Antonio e QUEIROZ, Paulo. Sobre a Relação entre o Direito Penal e Direito Processual Penal. In: MOREIRA, Rômulo. Leituras Complementares de Processo Penal. Salvador: JusPODIVM, 2008.

**Artigo recebido em 16 de maio de 2010 e aceito em 17 de junho de 2010.**