

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 Direito penal, Ciência do Direito penal e “poder punitivo estatal”



Luiz Flávio Gomes

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 LFG, Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais – www.lfg.com.br)

Tradicionalmente utiliza-se a rubrica “Direito penal” numa dupla acepção: como conjunto de “normas” que constituem o ordenamento punitivo e como disciplina científica que tem por objeto o estudo sistemático do referido ordenamento. Talvez não houvesse equívocos se a locução “Direito penal” fosse utilizada para o primeiro caso e a de “Ciência do Direito penal” para o segundo. Maior clareza ainda se alcançaria (como ensina Zaffaroni) se porventura o Direito penal não fosse confundido com o (bruto) “poder punitivo estatal”, que nada mais significa que enfocar o Direito penal como mero instrumento de controle social (como poder punitivo), sem a observância dos limites ao *ius puniendi* contemplados no próprio ordenamento jurídico.

Direito penal, assim, é um conjunto de normas, mais precisamente de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. É, de outro lado, a área do Direito público que reúne todas as normas que cuidam do *ius puniendi* estatal. Sempre que a norma venha a disciplinar algum aspecto do *ius puniendi*, será de Direito penal. Ela pode ser primária ou secundária.

Norma primária é a que cuida do âmbito do proibido (quais condutas são proibidas, quais são determinadas); norma secundária é a que norteia o castigo (a sanção). A norma primária, por seu turno, possui dois aspectos muito relevantes: (a) o valorativo e o (b) imperativo. Toda norma penal primária existe para a tutela de um bem jurídico (de um valor) e, ao mesmo tempo, exige um determinado comportamento de todos (comportamento de respeito ao bem protegido).

Exemplo: da lei penal (art. 121 do CP: “Matar alguém”) extraímos duas normas penais (a primária: é proibido matar; e a secundária: pena de seis a vinte anos de reclusão). A norma primária (é proibido matar) possui dois aspectos (valorativo e imperativo): protege o valor vida e exige um determinado comportamento de todos (de respeito a esse valor, que não pode ser afetado desarrazoadamente, sob pena de incidência do castigo cominado).

Ciência do Direito penal é a disciplina que tem por objeto o estudo do ordenamento penal positivo (leia-se: das normas penais). A Ciência do Direito penal tem como função clássica conhecer, interpretar, sistematizar e criticar o Direito positivo, contemplando as normas já não do ponto de vista de sua estrutura formal externa, senão especialmente do seu conteúdo e fins que pretendem alcançar.

Poder punitivo estatal (bruto), por fim, é uma espécie de Direito penal paralelo. O verdadeiro Direito penal está regido por princípios e regras limitadores do direito de punir do Estado, que vêm sendo desenvolvidos desde o Iluminismo.

Ele tem como missão a tutela exclusiva de bens jurídicos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), que deve acontecer de forma fragmentária e subsidiária (princípio da intervenção mínima).

Exige a exteriorização de um fato (Direito penal do fato), que esteja previsto em lei (princípio da legalidade) e que seja concretamente ofensivo ao bem jurídico protegido (princípio da ofensividade).

Por esse fato o agente responde pessoalmente (princípio da responsabilidade pessoal), quando atua com dolo ou culpa (princípio da responsabilidade subjetiva) e, mesmo assim, quando podia agir de modo diverso, conforme o Direito (princípio da culpabilidade). De outro lado, esse agente nunca pode sofrer tratamento discriminatório (princípio da igualdade).

O castigo cabível não pode ofender a dignidade humana, ou seja, não pode ser degradante (princípio da proibição de pena indigna), não pode ser cruel, desumano ou torturante (princípio da humanização) e deve ser proporcional (princípio da proporcionalidade, que se exprime por meio dos subprincípios da individualização da pena, personalidade da pena, necessidade da pena, suficiência da pena alternativa e proporcionalidade em sentido estrito).

Direito penal é o que está regido rigorosamente por todos esses princípios, que se complementam. *Poder punitivo estatal* é o poder exercido por agentes públicos que se desvia desses princípios, aplicando-se a norma na sua forma bruta ou equivocada, ou seja, não lapidada. O Poder punitivo estatal faz do Direito penal um mero instrumento de controle social, desvestido de limites constitucionais.

O legislador é o sujeito do Direito penal (é o que produz as normas). *O penalista* é o responsável pela Ciência do Direito penal (é o que estuda e sistematiza o Direito penal normativo). *Operador ou aplicador do direito* é o agente do poder público que aplica o Direito penal, ora de forma constitucionalizada, equilibrando-se o *ius puniendi* com o *ius libertatis*, ora de modo bruto, fazendo imperar o “poder punitivo estatal”.

A Ciência do Direito penal (isto é, o penalista), para além de cumprir sua clássica função de estudar e sistematizar as normas penais, deve também assumir definitivamente seu papel crítico ante o (paralelo) “poder punitivo estatal”, que diariamente vai se alternando com a escorreita aplicação do Direito penal.

Vejamos um exemplo de poder punitivo estatal emanado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Em 29.11.2005, excepcionando-se o Ministro Gilmar Mendes, voto vencido, e o Min. Celso de Mello, ausente, decidiu-se:

Princípio da Não-Culpabilidade e Maus Antecedentes:

Concluído julgamento de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que indeferira igual medida ao fundamento de que o paciente, condenado por porte ilegal de arma (Lei 9.437/97, art. 10, §§ 2º e 4º) à pena de 3 anos de reclusão e 15 dias-multa, em regime semi-aberto, não preenche os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44, III, do CP, na redação dada pela Lei 9.714/98, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista a sua folha de antecedentes penais v. Informativo 390. Alegava-se, na espécie, constrangimento ilegal consistente na fixação de regime inicial mais gravoso, bem

como na negativa de substituição da pena aplicada. A Turma, por maioria, indeferiu o writ por reconhecer que, no caso, inquéritos e ações penais em curso podem ser considerados maus antecedentes, para todos os efeitos legais. Vencido o Min. Gilmar Mendes, relator, que, tendo em conta que a fixação da pena e do regime do ora paciente se lastreara única e exclusivamente na existência de dois inquéritos policiais e uma ação penal, concedia o habeas corpus. HC 84.088/MS, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, 29.11.2005.

Nossos comentários: se o agente é presumido inocente, até que sentença definitiva o reconheça culpado (CF, art. 5º, inc. LVII), jamais inquérito policial ou ação penal em andamento pode ser considerado para efeito de antecedentes criminais. É grave esse equívoco da maioria votante da Segunda Turma do STF (Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Carlos Velloso). Isso constitui puro e bruto “poder punitivo estatal”. Não é exemplo de Direito penal.