

A HERMENÊUTICA A FAVOR DA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

Fernanda Barbosa dos Santos*

Leonardo Augusto Marinho Marques*

RESUMO

O artigo reflete sobre a sistematização dos princípios constitucionais, envolvendo o problema da efetividade do processo penal. Demonstramos como o constitucionalismo, sob o enfoque garantista e neo-positivista (referências teóricas), inovam a aplicação dos princípios constitucionais, que passam a nortear a experiência jurídica contemporânea, com o desenvolvimento da multifuncionalidade, da integralidade e da justiciabilidade dos direitos fundamentais. O artigo chama atenção para a importância de se adequar as normas com as questões que surgem na atualidade, compatibilizar o processo penal com o Estado Democrático de Direito e romper os paradigmas da estrita formalidade na busca do chamado, "justo processo". Nesse novo cenário, o processo penal se caracteriza como instrumento de permanente afirmação dos direitos fundamentais, criando um ambiente no qual os direitos individualizados do acusado convivem em harmonia com os direitos potenciais, consolidando assim a natureza publicista de processo. A revisão da dogmática jurídica com o auxílio da hermenêutica torna-se um instrumento para o reencontro da ética e do Direito, exigindo um discurso jurídico sólido e consistente, sustentado na argumentação e inserido em um processo de constitucionalização, é condição sine qua non para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS CHAVES

PROCESSO PENAL; HERMENÊUTICA; CONSTITUCIONALIZAÇÃO.

* Mestranda em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Especialista em Direito Público pela Universidade do Grande Rio. Advogada, inscrita, na Subseção Juiz de Fora da OAB, Seção Minas Gerais.

** Mestre e Doutor em Direito pela UFMG, área de concentração em Ciências Penais, Professor do Programa de Mestrado em Direito da Unipac e Professor de Direito Processual Penal da PUC Minas.

ABSTRACT

The object of this study is to briefly systematize the main doctrinal understandings related to the theme in perspective, hereby making it clear that due to how broad the issue is, we have chosen to limit the approach as how the applicability of norms and their effectiveness in an attempt to demonstrate how constitutional principles and its variables guide Law as developed the multifunctionality, integrality and justiciability of the fundamental rights. Thus, the individualistic view of the guarantees of the Due Process of Law has been losing ground when confronted with the prevalence of a publicist insight. Thus, we must adjust the norms to the issues currently arising, making criminal proceedings compatible with the Democratic State of Law through the breaking of paradigms, strict formalities, and criminal proceedings in search of the so-called “fair process”. The study aim to focus the constitutionalization phenomena and the return to ethical values, demanding a substantiated and interpreted judicial discourse, sustained in argumentation, in the search of a consensus, will seek fair solutions without leaving the judicial security aside.

KEY WORDS

CRIMINAL PROCEEDINGS; CONSTITUCIONALIZATION; MODEL OF INTERPRETATION.

INTRODUÇÃO

O sentimento geral de ausência de insegurança, que prevalece atualmente na sociedade brasileira, decorrente o aumento significativo da criminalidade violenta, associada à exigência de uma resposta penal mais célere, tem favorecido o discurso da lei e da ordem, que no campo do processo penal, resume-se ao utilitarismo processual. Esse utilitarismo pode ser traduzido na relativização dos direitos fundamentais individualizados e na adoção de uma política criminal policialesca, inspirada na prevalência da segurança pública.

Este discurso jurídico evasivo do utilitarismo processual é que se pretende enfrentar neste artigo, adotando-se em contraposição o constitucionalismo, com ênfase garantista e neo-positivista. As diretrizes estabelecidas pela Constituição de 1988, no

momento de instituição do Estado Democrático de Direito, serão referências obrigatórias para a construção de um discurso sólido e consistente, capaz de promover a tutela ampla dos direitos fundamentais no processo penal, abrangendo tanto a dimensão individual quanto a dimensão difusa.

O Garantismo busca assegurar o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo, limitando o poder punitivo, para impedir a arbitrariedade. Diferencia-se do mero legalismo ou mero formalismo processual, para lutar pela vigência de um sistema mínimo de garantias, dentro da perspectiva de uma democracia substancial. Se o Direito existe para tutelar direitos fundamentais, no campo específico da função jurisdicional, o Poder Judiciário encontra sua legitimidade e sua independência no reconhecimento da função garantidora da tutela dos direitos fundamentais.

Busca-se agregar aos valores garantistas a nova tendência posta, denominada Pós-positivismo, com uma total integração dos princípios constitucionais. Desta forma, através de um novo modelo hermenêutico, buscando demonstrar como os princípios constitucionais passam a nortear o Direito em todas as dimensões de sua experiência, com a superação aos modelos positivistas herdados do século XIX.

Nessa realidade, de um lado está o Estado, com o poder de determinar restrições a direitos individuais, o que pode revelar, sempre, um Estado instrumentalizado com poderes excessivos, e de outro, o indivíduo, posto, inevitavelmente à mercê daquele. Diante disso, a fórmula então declinada, há muito, é dada pelo binômio segurança pública x liberdade individual. Ocorre que esta equação gera uma ótica conflitante e incompatível com o pluralismo do Estado Democrático de Direito. A efetiva proteção a direitos fundamentais deve incluir necessariamente a tutela das diferenças individuais e das diferenças entre os variados interesses coletivos, que se manifestam na organização de uma sociedade cada vez mais complexa.

Diante desse quadro, necessário estender a tutela dos direitos fundamentais tanto para a perspectiva pública (direitos potenciais), quanto para a perspectiva do acusado (direitos individualizados). O processo penal, portanto, não pode ser reduzido ao eventual conflito entre a segurança pública x a liberdade individual, sobretudo porque o princípio atinente à segurança pública tem um grau de abstração que não permite sequer uma identificação precisa de seus contornos em cada caso concreto.

Pode-se afirmar que o processo penal moderno, eminentemente público, destina-se à proteção de direitos fundamentais e inaugura uma nova relação de reciprocidade e de complementariedade entre os chamados direitos fundamentais individualizados e os direitos fundamentais potencias, e que essa relação dialética se resolve no campo da hermenêutica, não gerando oposição de direitos.¹

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 A PERSPECTIVA GARANTISTA E PÓS-POSITIVISTA

1.1.2 O PROCESSO PENAL GARANTISTA

O processo penal garantista, ainda que em breves linhas, pode ser interpretado como sendo a evolução do processo penal moderno, baseado na proteção aos direitos fundamentais. Um problema, vivenciado nos regimes democráticos, atualmente, é confundir a onipotência da maioria com a democracia.

O garantismo surge, como forma de proteção e segurança da ordem jurídica, como a regulação jurídica do próprio Direito Positivo, não só quanto às formas de produção, mas também sobre a produção de seus conteúdos.

Assim, o garantismo, sustenta o modelo de Direito Penal Mínimo de Ferrajoli. Esse modelo está diretamente vinculado ao modelo de processo penal garantista. Um processo penal que, em garantia dos direitos do imputado, minimiza os espaços impróprios da discricionariedade judicial. Desta forma, oferece fundamentos para a independência da magistratura e de seu papel de controlador da legalidade do poder.

Da palavra “garantismo” pode-se distinguir três significados diversos, mas conexos entre si. Conforme o primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo

¹ Oliveira, Pacelli. Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey: 2004, p 158)

sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Discorre o autor que a atividade jurisdicional encontra seu fundamento de legitimidade na tutela dos direitos fundamentais. Dentro dessa realidade, o juiz moderno não deve assumir uma postura meramente ideológica ou política no processo. O seu papel é eminentemente constitucional.

A atuação do magistrado difere da atividade preponderantemente política do legislador e do administrador, porque esses dois poderes são poderes assentes na maioria. Ferrajoli lembra que o juiz julga em nome do povo, mas não da maioria, pois lhe compete também a tutela das liberdades das minorias.

Os princípios básicos do Processo Penal Garantista são: a jurisdicionalidade (*Nulla poena, nulla culpa sine iudicio*), garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei; a inderrogabilidade do juízo, no sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição; a separação das atividades de julgar e acusar (*Nullum iudicium sine accusatione*) configurando o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação a prévia invocação por meio da ação penal; a presunção de inocência, a garantia de que será mantido o estado de inocência, até o trânsito em julgado da sentença condenatória; a contradição (*Nulla probatio sine defensione*), sendo um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas.

1.1.3 PÓS-POSITIVISMO:

Por pós-positivismo entende-se um novo paradigma no âmbito da teoria jurídica, cuja terminologia ainda provoca debate, mas que se caracteriza por uma ruptura com a forma de conhecimento do direito denominado positivismo jurídico, dominante durante o século passado.

Sob essa perspectiva, a atividade jurídica não está orientada apenas por uma racionalidade formal, mas também por uma razão prática consubstanciada na pretensão de se alcançar uma decisão justa. O instrumental que serve de meio para essa busca são os postulados normativos (proporcionalidade, ponderação, razoabilidade) e a argumentação jurídica sobre valores, justamente apresentados num sistema garantista.

O devido processo legal com contraditório, ampla defesa, argumentação, motivação e publicidade das decisões tornam-se doravante termos representativos da nova Era Constitucionalista.

No constitucionalismo, estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo².

Ronald Dworkin³ é um autor que repele explicitamente as doutrinas positivistas e realistas desde a *perspectiva método/lógica*. Uma concepção do direito que negue a separação absoluta entre o direito e a moral, e que não acolha a princípios de justiça material é uma *doutrina de risco*. Dworkin demonstra que na prática jurídica a distinção entre o direito e a moral não é tão clara como sustentam os positivistas.

As teorias pós-positivistas⁴ criticam o modo formalista do positivismo normativista que privilegiava a supremacia da regra, transforma o juiz num aplicador de leis. Se, por um lado, a limitação da atividade jurisdicional impedia a transformação do juiz em legislador, tornou-lhe incapaz de realizar sua função de garantir os direitos do indivíduo quando o Estado se torna autoritário.

² O autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls; Ronald Dworkin e Robert Alexy.

³ Luiz Vergílio Dalla-Rosa (ROSA-DALLA, Vergílio. *Uma Teoria do Discurso Constitucional*. São Paulo: Landy, 2002).

⁴ As principais críticas pós-positivistas residem na separação radical entre direito, moral e política operada pelo positivismo normativista.

Para corrigir essa limitação que o positivismo impôs ao judiciário, as teorias pós-positivistas propugnam que a regra não seja considerada como inquestionável e superior aos valores que a inspiram.

A reação ao positivismo jurídico foi responsável pelo surgimento e crescimento de um fenômeno sócio-jurídico responsável pela evidência do Poder Judiciário, de responsabilidades do Estado que caberiam aos Poderes Legislativo e Executivo desempenharem⁵. O movimento de reação ao formalismo jurídico que caracterizava o positivismo normativista é denominado protagonismo judicial.

Entretanto, essa atuação jurisdicional mais "solta" traz consigo argumentos morais que prevaleçam sobre o direito, numa profusão incontrolável de interpretações subjetivas que ameaçam a segurança jurídica.

Torna-se imprescindível, a elaboração de critérios racionais para a orientação dessa modalidade de atuação jurisdicional por meio de uma nova retórica⁶.

Contudo, uma crítica cabível, seria sobre a real proposta pós-positivista e a dimensão pela qual estamos caminhando com tal discurso. Ou seja, ao tratarmos os princípios constitucionais como simples normas jurídicas, geramos uma banalização de todo seu teor norteador de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, sendo apenas um "novo" positivismo, e não um pós-positivismo conforme empregado pelos defensores da doutrina. Temos sim, que fazer com que o constitucionalismo seja um meio de aproximação entre a ética e o direito, contudo, sem deixar que valores subjetivos que devem nortear todo o sistema jurídico passem a ser uma "simples" norma objetiva sendo apenas um meio pelo qual se alega uma aparente Democracia.

1.2 A ERA DOS PRINCÍPIOS: UM NOVO PROCESSO PENAL SOB A ÉGIDE DE UMA PRINCIOLOGIA CONSTITUCIONAL

⁵ Luiz Werneck Vianna (VIANNA, Luiz Werneck *et alii*: *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999).

⁶ "Como se trata de deixar as decisões de justiça aceitáveis, o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável" e "Na medida em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa à adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é equitativa, oportuna, socialmente útil. Com isso a autoridade e o poder do juiz ficam acrescidos, e é normal que justifique com uma argumentação apropriada o modo como os usa" (PERELMAN, Chain: *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185 e 216, respectivamente).

O novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX. Como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética. E, como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Desta forma, o sistema garantista, busca a efetividade da proteção, pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Com isso, a função do juiz se apresenta, como garantidor dos direitos do acusado no processo penal, bem como dos direitos potenciais da coletividade.⁷

Verifica-se a necessidade de ampliar as garantias do devido processo legal, com a introdução da Constituição, além das garantias explícitas genéricas, uma "garantia inominada" que, abrangeria construções doutrinárias e jurisprudenciais, pretendendo que se considere como constitucional determinada garantia não expressa.

Assim, o juiz faria seu papel social transformador, sem temer a aplicação imediata e direta de um direito social, independente de legislação integradora, sob a excusa de não possuir legitimidade. Uma sentença bem motivada, prolatada por um órgão independente, compromissado com a justiça e a democracia dentro de um processo onde se observou o devido processo, no limite da competência traçada pela Constituição, sem dúvida, é infinitamente mais 'legítima'.

⁷ Eugênio Pacelli de Oliveira escreve sobre a proteção de direitos fundamentais em posição de reciprocidade e de complementariedade com a proteção à liberdade individual. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. págs. 98, 99 e 119).

A crítica que fazemos, seria sobre generalidade e amplitude das normas constitucionais, pois, muitas vezes, a concretização desses princípios é obstaculizada por fatores diversos (econômicos, sociais, morais e, inclusive, naturais).

O juiz deve ser parceiro de caminhada das partes, e não um ser distante e esquecido de que decide em nome do povo e para o povo. Entretanto, essa atuação jurisdicional mais "engajada" traz consigo riscos e temores de que argumentos morais prevaleçam sobre o direito, numa profusão incontrolável de interpretações subjetivas que ameaçam a segurança jurídica.

Torna-se imprescindível, a elaboração de critérios racionais para a orientação dessa nova modalidade de atuação jurisdicional. Chain Perelman, por exemplo, sustentava que o esforço metodológico para identificar os meios de se chegar a uma decisão justa (adequada) seria realizado por meio da nova retórica.

O Juiz moderno precisa verdadeiramente se alinhar à Constituição, compreender adequadamente o sistema acusatório por ela adotado, e os princípios conformadores do Estado Democrático de Direito.

Se a neutralidade pode não ser factível, entretanto, não se pode abrir mão de uma atuação equilibrada o suficiente para não comprometer a garantia de igualdade no processo.

O juiz precisa conjugar imparcialidade possível e capacidade técnica, independência e sujeição à lei, livre convencimento e motivação, além de compreender a magnitude de sua missão constitucional e assumir a sua condição humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, constatamos a superação histórica do Jusnaturalismo e a crise política do Positivismo, abrindo caminho para um conjunto amplo de reflexões acerca do que é o Direito, sua função social e a hermenêutica.

Assim, vislumbramos o apogeu e a queda do mito da objetividade e da neutralidade do direito, através da interpretação sistemática, que se realiza em consonância com a Constituição.

O formalismo extremado repercutia na atuação jurisdicional, transformando o juiz num aplicador burocrático das leis. Para corrigir essa limitação que o positivismo impôs ao judiciário, as teorias pós-positivistas propugnam que a regra não seja considerada como inquestionável e superior aos valores que a inspiram.

O novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado, mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Temos que adequar as normas com as questões que surgem na atualidade, compatibilizar o processo penal com o Estado Democrático de Direito e romper os paradigmas da estrita formalidade na busca do "justo processo".

Surge então a responsabilidade do juiz na atualidade, como garantidor dos direitos do acusado no processo penal, como também dos direitos potenciais da coletividade. Cria-se uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral tutelando os direitos fundamentais, obtendo um processo legítimo e eficaz.

O “novo juiz” é suma relevância na contemporaneidade, para se alcançar critérios mais coerentes. Vivemos uma construção permanente de referências, a sociedade está em um processo de questionamento sobre muitas questões polêmicas, muitas são as ideologias e os seguimentos que surgem. Desta forma, a segurança jurídica estaria abalada se as decisões fossem feitas através de interpretações aleatórias, ou seja, com apenas valores de classes.

Destarte, a Teoria da Argumentação, confere uma nova perspectiva ao discurso jurídico, porque empreende uma importante crítica às concepções dominantes, dando primazia para a lógica do razoável, para a argumentação e a deliberação.

Através da constitucionalização do Direito, buscamos a efetividade do Processo Penal, assegurando a tutela dos direitos e garantias fundamentais nas relações jurídicas. O juiz passa a ter uma flexibilidade no desempenho de suas atribuições, resguardado pelas diretrizes constitucionais, com a aplicação da hermenêutica como um instrumento garantidor do devido processo penal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à Aplicação dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis. *A nova interpretação do direito: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. Ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

CHAIN, Perelman. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal*. 2.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ed. Ver e. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado/Pedro Lenza*. 6.ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *Introdução crítica ao processo penal. Fundamentos da Instrumentalidade garantista*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *O Juiz moderno diante da fase de produção de provas: as limitações impostas pela Constituição*. Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi. - Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denilson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

ROSA-DALLA, Vergílio. *Uma Teoria do Discurso Constitucional*. São Paulo: Landy, 2002).

VIANNA, Luiz Werneck et alli: *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Poder Judiciário: Crises, Acertos e Desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.