

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Honório Nichelatti Junior¹
Everaldo da Silva²

Recebido em: 19 nov. 2015

Aceito em: 15 dez. 2015

Resumo: O presente artigo apresenta uma pesquisa cujo objeto é a teoria garantista difundida por Luigi Ferrajoli, voltada especificamente ao que diz respeito à pena, e cujos objetivos estão centrados na demonstração dos direitos e garantias fundamentais alcançados em âmbito constitucional, como forma de limitação do poder punitivo. Isso porque a dissonância entre as funções declaradas da pena e a prática não condizem com um Estado Democrático de Direito. Assim, esta pesquisa tem a intenção de mostrar que o próprio Estado possui uma função declarada, que não procura proteger eficazmente os direitos consagrados, limitando-se a exercer uma função meramente simbólica diante da sociedade que busca uma resposta efetiva do Estado, sem qualquer sentido concreto. Realizou-se este estudo sob a base lógica do método indutivo e com técnicas de pesquisa bibliográfica, adotando-se, como elemento delimitador do tema, a análise histórica da pena e da teoria garantista. Concluiu-se que a pena deve trazer, em seu bojo, um sentido finalístico, dar um sentido à pena, não punir simplesmente por punir, e que a teoria garantista é uma forma de mostrar os verdadeiros sentidos da pena e uma maneira de limitar o poder estatal punitivo, não levando o descrédito ao Direito Penal moderno.

Palavras-chave: Direito penal. Estado democrático. Garantismo penal.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES

Abstract: This article presents a research whose object is the guaranteed theory, diffused by Ferrajoli Luigi, specifically regard to penalty, and whose objectives are centered in the statement of fundamental rights and guarantees reached in constitutional context, as a way of limiting punitive power. This is because of the dissonance between the functions declared and the practice match with a Democratic State of Law. Therefore, this study intends to show that the own State has a function declared, which does not seek to protect effectively the rights but merely exercising a symbolic role on society that looks for an effective response of the State, without any concrete sense. This study was carried out under the logical basis of the inductive method and bibliographic search techniques, adopting, as the enclosing element theme, historical analysis and guaranteed theory. It was concluded that the penalty must incorporate a final sense, to give a meaning to penalty, not punish just simply by punish, and that the guaranteed theory is a way of showing the true senses of penalty and a way to limit state power punitive, not bringing discredit to the modern Criminal Law.

Keywords: Criminal Law. Democratic state. Criminal Guaranteed.

¹ Mestre em Desenvolvimento Regional (FURB). E-mail: honorio.adv@terra.com.br

² Doutor em Sociologia Política (UFSC). E-mail: prof.evesilva@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O estudo apresentado neste artigo tem como objeto a pena sob o prisma da teoria garantista idealizada por Luigi Ferrajoli. Não se pretende esgotar o tema, mas tão-somente trazer uma reflexão acerca do instituto da pena, utilizando, para isso, uma teoria com aportes constitucionais garantistas. Para tanto, o trabalho se constitui de uma análise da teoria garantista e da pena, seja na sua formulação, seja na sua aplicação, desenvolvendo-se um esboço histórico do instituto da pena até os dias atuais e sua efetiva função declarada pelo sistema, que não está alcançando seus objetivos, haja vista sua total ineficácia. Nesse sentido, a teoria garantista surge como uma forma de legitimar o poder estatal punitivo, dando um real sentido à pena.

O objetivo geral está centrado na concepção da teoria do garantismo jurídico como forma de limitar o poder punitivo do Estado, por meio das garantias fundamentais do cidadão inseridas na Constituição Federal. Entre essas garantias, está a de se punir o delinquente por meio de uma pena justa e com uma finalidade não apenas declarada, mas de forma efetiva para garantia da sociedade e do próprio infrator, pois as dissonâncias entre as funções declaradas da pena e sua efetiva e concreta função encontram-se muito divorciadas. Assim, pretende-se, sem nenhuma pretensão, mostrar que é possível a aplicação de uma pena apontando sua finalidade. Quanto à metodologia empregada, registra-se que se utilizou o método lógico indutivo, com técnicas de pesquisa bibliográficas, de categoria e de conceito operacional.

2 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL: ABORDAGEM HISTÓRICA

De diferentes nuances são as fontes que contribuíram para a promoção do moderno Direito Penal. Essas fontes nasceram muito antes do iluminismo, já nas antigas concepções do indivíduo e da igualdade.

A transposição da Idade Média para a Idade Moderna, por meio de uma concepção do individualismo que remonta ao nascimento da religião cristã, foi fruto de expressivas transformações sociais e políticas causadas por um pensamento iluminista, o que resultou em uma nova visão do homem.

Até o final do século XV, o mundo era definido com base em perspectivas teleológicas, ou seja, Deus era o centro de tudo, e a cultura, devota à divindade, cuja existência era tida como intocável e indiscutível. O absolutismo e o seu correspondente Direito Penal despencavam diante do avanço da sociedade e de sua modernidade, sendo que as penas corporais eram bastante arraigadas no senso comum do povo e, por tal razão, sua desvinculação do delito e da pena era difícil de ocorrer. Ferrajoli (2002, p. 35) ensina que

O modelo de direito e de processo penal que surge desta variegada tradição configura-se também, antes de como um conjunto de técnicas normativas e de práticas processuais,

principalmente como uma epistemologia penal específica. E esta epistemologia – que chamarei inquisitiva ou, mais genericamente, antigarantista – pode ser caracterizada, por sua vez, conforme dois aspectos ou elementos simetricamente opostos aos dois requisitos, acima ilustrados, da epistemologia garantista e, como eles, relativos um à definição normativa e o outro à comprovação judicial do desvio penal.

Cerqueira (2002, p. 33-34), por sua vez, assevera que,

Dentre os fenômenos rutilantes ocorridos entre os séculos XIII e XVII, e que contribuíram para a consolidação da idéia do indivíduo igual a todos os demais, acha-se o cisma ocorrido na Igreja Católica, intitulada Reforma [...], do qual se originou a noção de que Deus não se acha nas alturas e, portanto, ‘fora-do-mundo’, mas, ao contrário, ‘dentro-do-mundo’ ou no ‘mundo’.

A atitude mencionada por Cerqueira (2002) ocasionou um abandono da ideia meramente de contemplação da natureza por uma outra de investigação dos fenômenos da natureza, o que levou a descobertas científicas que permitiram, por um lado, o início da libertação dos dogmas da fé e, por outro, o distanciamento dos velhos modelos de ciência medieval.

Nesse momento histórico, Descartes fundou o pensamento racionalista, o qual, mais tarde, foi contemplado por Hobbes e Rousseau por meio de suas teorias contratualistas e do nascimento da sociedade e da organização do Estado. “Justificaram-no mediante a ficção do pacto social no qual o homem, em remotas eras, abriu mão da parte de sua liberdade, que era plena, em troca de organização da vida em grupo” (CERQUEIRA, 2002, p. 34).

A teoria contratualista pregou a constituição de um processo de civilização por meio do pacto social. Nesse contexto, os indivíduos, na constância da insegurança de seus bens jurídicos (vida, patrimônio e liberdade), se viram obrigados a ceder parte desses direitos a um ente abstrato, chamado de Estado. O Estado, por sua vez, garantiria a manutenção de tais bens em detrimento de certas liberdades (aqui em sentido amplo) de cada indivíduo. Diante disso, com base no pacto social, o Estado não poderia criminalizar todas as ações e ideias, ao bel prazer dos soberanos, devendo penalizar apenas as condutas que realmente pudessem causar um dano a um bem jurídico a ele pertencente, previamente ajustado pelo pacto, sob pena de rompimento. Vislumbram-se aí ideais garantistas.

O iluminismo provocou o nascimento do direito penal moderno, sendo que a compreensão das anteriores justificativas da punição engrandece ainda mais a importância do movimento da ilustração para o Direito Penal, nomeadamente pela instauração da noção de bem jurídico penal, eficiente instrumental dogmático de contenção da punição.

Em trabalho desenvolvido acerca do bem jurídico, Pelarin (2002, p. 35) expõe que

assim, o fundamento, a justificação, para a imposição da pena, principalmente sob o argumento teológico, residia na chamada (hoje) teoria da retribuição. O sentido da pena era a compensação, ou seja, para o mal do crime, o mal da pena. Não se indagava o limite de sua aplicação, que servia à expiação.

Assim, com esse moderno Direito Penal, se buscou a codificação das leis penais, sedimentando as conquistas iluministas dos direitos e garantias individuais, como elementares de garantia individual e segurança social, por meio da criação do Estado de direito, correspondente a uma ideia de racionalidade, certeza e legitimidade da intervenção punitiva do Estado. Dessa forma, esse humanismo das leis passou a constituir uma das sustentações do Direito Penal que tem no homem racional sua figura central, voltada para a proteção do indivíduo ante a possibilidade de vingança pessoal e da aplicação compulsória das penas corporais, violentas e desproporcionais ao injusto praticado.

Tais postulados ou princípios encontram-se inseridos em grande parte das Constituições dos Estados, elevados como direitos humanos universalmente reconhecidos e consagrados, estabelecendo plataformas mínimas sobre as quais se sustenta o moderno Direito Penal – os princípios da legalidade, da intervenção mínima, da lesividade, da humanidade e da culpabilidade –, os quais são a base da teoria garantista penal hoje conhecida.

2.1 AS RAZÕES DO GARANTISMO

Conforme anteriormente exposto, o iluminismo é a base mais sólida da teoria garantista penal. Nesse sentido, os direitos individuais foram erigidos a direitos supremos das nações desenvolvidas, inseridos pela teoria do garantismo jurídico idealizado por Luigi Ferrajoli (2002) para o Direito Penal. A contextualização do caráter garantista surge como um sistema jurídico para controlar o *jus persecuendi* e o *jus puniendi* do Estado. O sistema garantista desenvolve conceitos, fundamentos teóricos para extrair do sistema efetividade dos direitos fundamentais por meio de elementos normativos; busca uma nova Teoria do Direito e uma nova filosofia jurídica e nova filosofia política.

O garantismo pressupõe uma normatização adequada à proteção dos direitos fundamentais, levando em consideração a lei do seu ponto de vista material. Conforme Ferrajoli (2002, p. 766), o 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 de tutela 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.

A nova teoria jurídica do Direito e crítica do Direito é, ao mesmo tempo, analítica ou descritiva ou teoria prescritiva, ou seja, um engajamento axiológico que tem por finalidade um questionamento permanente sobre os pontos de vista paradigmáticos de um Direito estanque e pouco reformulador. Isso significa dizer que o Direito existe para realizar a Justiça. A respeito, Carvalho e Carvalho (2002, p. 23) sintetizam que

pertinente proposta da teoria garantista nega os princípios do positivismo dogmático dedicados a uma visão meramente contemplativa dos ordenamentos jurídicos, viciados por uma absoluta incapacidade de responder às demandas das sociedades contemporâneas (complexas e, em nosso caso, marginalizadas).

Assim, pode-se dizer que a teoria do garantismo jurídico é um sistema que apresenta uma série de parâmetros legitimadores para tutelar efetivamente os direitos fundamentais dos cidadãos. Apresenta, também, um padrão de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva do Estado de Direito. O garantismo visa proteger a liberdade do cidadão, como direito fundamental primário, do seu ponto de vista substancial/material, em contraposição ao Estado, por meio de um sistema jurídico para controlar o *jus puniendi* deste, segundo o qual, nem mesmo por maioria, se podem violar ou negar os direitos fundamentais do indivíduo. A teoria garantista elege direitos inalienáveis e protegidos constitucionalmente, devendo o ordenamento infraconstitucional ser analisado em sua validade em detrimento dos direitos dos indivíduos proclamados na Constituição.

O garantismo jurídico, como visto, consiste na tutela de todos os direitos fundamentais do indivíduo estabelecidos no ordenamento constitucional vigente, os quais representam o alicerce do Estado Democrático de Direito, ou seja, a base da democracia material (ROSA, 2003). Logo, a democracia garantista consiste no Estado munido de direitos liberais e sociais, como é o caso do Brasil, apesar de que previstos na Carta Maior, na esmagadora maioria das vezes, são sonogados. Com efeito, os direitos individuais e sociais são elementos limitadores da ação punitiva do Estado, e o grau de garantia desses direitos constitui o parâmetro para auferir o grau de democracia do Estado, deixando a Constituição de ter uma concepção meramente formal para adquirir contornos materiais e buscando resgatar seu próprio teor formador.

2.2 GARANTIAS E O PODER JUDICIÁRIO

O juiz do século XXI não pode mais ficar atrelado aos estritos limites da lei, como verdadeiro escravo do dogma. Sua função é dar a cada um aquilo que expressa, efetivamente, a realização da justiça entre os homens, independentemente de se cumprir a lei. O juiz do século pode e deve enfrentar a lei, quando em desacordo com os postulados constitucionais relativos aos direitos fundamentais e a principiologia, tratando o réu como um ser humano.

As pregações da teoria garantista penal, até pouco tempo, eram de difícil aceitação pelos operadores jurídicos, pois a formação trazida desde a academia ainda é, com raras exceções, eminentemente dogmático-legalista, ou seja, o que diz a lei deve ser aplicado, mesmo que afronte princípios constitucionais, os quais, na visão dos atores jurídicos legalistas, são de difícil concretização, posto que não positivados no ordenamento.

Segundo Rosa (2005), conquanto nenhum ator jurídico duvide da superioridade da Constituição sobre as demais normas, sua ineficácia é visível, visto que há certo constrangimento em não saber

lidar com princípios, quando em confronto com regras. É imprescindível, no entanto, abandonar visão puramente programática ou informadora de suas proposições, e reconhecer a eficácia cogente e absoluta dos princípios. Ainda conforme Rosa (2005, p. 60, grifo no original),

Com essa operacionalidade instrumental, o ordenamento jurídico pode ser revisitado, procedendo-se juízos de *validade* - na concepção *garantista* - sobre o conteúdo das regras infraconstitucionais, aferindo-se, assim, a sua constitucionalidade material, em face dos *princípios*, abandonando-se a percepção ultrapassada de que os *princípios* não possuem força cogente. Aproveita-se a divisão entre regras e princípios, admitindo-se, em ambas as espécies, a possibilidade de tensões, resolvidas pelo juízo de preponderância, em face do caso sob análise.

Rosa (2005) igualmente assevera que a aplicação de princípios constitucional não é tarefa das mais fáceis, haja vista a ausência de operacionalidade na prática forense, e que os atores jurídicos não estão habituados a lidar com princípios, exigindo para o seu atuar o recurso imediato à regra jurídica. Entretanto, necessário se faz compreender que o sistema jurídico constitucional brasileiro é normativo aberto, constituído por regras e princípios, visto que apresenta um sistema dinâmico de normas, e é aberto, pois possui uma estrutura dialógica.

No paradigma garantista, todavia, compete especificamente ao magistrado renunciar à mera função de repetição da lei. Dito de outro modo, o magistrado, como os demais atores jurídicos, assume posição diversa, passando a tutelar não somente a formalidade, mas também (e principalmente) o conteúdo constitucional, fazendo a devida oxigenação constitucional, levando-se em conta os aspectos das garantias individuais, a criminologia e bases sólidas de política criminal.

Sendo assim, o modelo garantista exige um juiz comprometido com as garantias individuais constitucionalmente consagradas afinadas com um Estado Democrático de Direito, deixando de lado uma análise apenas formal da lei, sem qualquer vínculo valorativo.

Portanto, cabe ao ator jurídico aplicar a teoria garantista despregando-se da mera dogmática, erigindo os princípios constitucionais e os direitos fundamentais como a pilastra mestra de todo modelo interpretativo do sistema jurídico, tanto que já se constata algumas decisões dos pretórios brasileiros fundamentadas na visão garantista.

3 DAS PENAS: ABORDAGEM HISTÓRICA

Na era primitiva, o homem acreditava que seres sobrenaturais castigavam ou recompensavam o indivíduo de acordo com seu comportamento, que os objetos eram cultuados de maneira acentuada e unânime e que esses objetos eram uma forma de divindade suprema. Também havia a crença de que a pena possuía um caráter eminentemente sacral.

Nessa fase da história, conforme assevera Schecaira e Correa Júnior (1995, p. 18), “duas espécies de penas eram conhecidas: a perda da paz e a vingança do sangue. A primeira constituía-se

em banimento, e a segunda, utilizada mormente para estrangeiros, era o pagamento da dívida para com os deuses através da pena de morte”. Martins (1999, p. 21), por sua vez, elucida que

Nos primórdios, a punição por um crime restringia-se à **vingança privada**. Vigia a lei dos mais fortes, do que detinha maior poder, que não encontrava limites para o alcance ou forma de execução da reprimenda que entendia em aplicar, aí incluída a morte, a escravidão, o banimento, quando não atingia toda a família do infrator.

A concretização do ideal iluminista no âmbito penal aconteceu por meio da Escola Clássica, época em que surgiram os primeiros códigos penais, com a garantia formal de direitos individuais. Na escola clássica, defendida por Carrara e Feuerbach, entre outros, o delincente era ignorado, voltando-se a atenção puramente ao crime. A principal ideia defendida por essa escola foi a afirmação do livre arbítrio, que consiste na liberdade do indivíduo que goza de direitos e no respeito do Estado a esses direitos. É a chamada teoria do contratualismo, segundo a qual o indivíduo cede parte de seus direitos, mas o Estado deve proteger o indivíduo.

Zaffaroni et al (2003, p. 524), ao tratar do classicista Johann Paul Anselm Ritter von Feuerbach, afirma o seguinte:

O ser humano, fazendo uso de sua razão, pode reconhecer qual é seu dever moral, assim como qual é o limite de seu direito para agir de modo diverso desse dever, pois do contrário tende a não perceber com clareza a diferença entre a moral e o direito.

A Escola Clássica vê a pena como um mal imposto ao indivíduo o qual que merece um castigo em razão de uma falta que, cometida voluntária e conscientemente, é considerada crime. A Escola Clássica contribuiu sobremaneira para a ciência penal. A ela deve-se, aliás, o próprio aparecimento da ciência penal como tal. A escola se preocupou com as garantias individuais e com a arbitrariedade do Estado. O delito era considerado um ente puramente jurídico, não natural. Daí as críticas a essa escola, pois seu método racionalista e abstrato não cuidava do homem em si, do delincente real e da origem do delito. Entretanto, não se pode negar que a origem do Direito Penal reside em suas raízes.

No Brasil, a partir do seu descobrimento, em 1500, a trajetória do Direito Penal não foi diferente da maioria dos países ocidentais, até porque, durante o Brasil Colônia, vigiam, no país, as Ordenações Afonsinas inseridas por Portugal. Posteriormente (1514-1603), foram as Ordenações Manuelinas e, a partir de 1603, as Ordenações Filipinas, sendo que todas essas Ordenações seguiam os ditames cruéis e desumanos previstos em quase toda a Europa.

Com a independência do Brasil do Império Português, em 1830, surgiu o Código Criminal, cuja mais usual punição aos delincentes era a pena de prisão, apesar de ainda prever a pena de morte (insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio). Salienta-se que o elenco de penas continuava grande, incluindo o degredo, as galés, o banimento e a multa.

Já na República, foi criado o Código Penal, em 1890, que, em seu artigo 41, proibia as penas

infamantes e a pena privativa de liberdade não poderia exceder a 30 anos. Ato posterior, tendo em vista as inúmeras leis penais, em 1940, na era Vargas, foi promulgado o Código Penal, vigente até hoje. Sua parte geral foi modificada em 1984, caracterizando-se pelo tecnicismo jurídico e pelo desprezo à criminologia.

Hoje, apesar de se estar muito longe de uma pena justa, eficaz e necessária, se caminha para um abrandamento das reprimendas penais, como, por exemplo, a renovação da parte geral do Código Penal ocorrida em 1984, o surgimento das penas alternativas e o juizado especial criminal.

Assim, após tantas injustiças e abusos cometidos pelo Estado e em razão de uma corrente minimalista e humanitária do Direito Penal, a pena, ainda que de forma comedida, está sendo vista de uma forma mais lógica.

No decorrer da história, várias foram as justificativas dadas, para fundamentar ou, até mesmo, legitimar a pena. Duas teorias resumem a tentativa de fundamentar e legitimar uma finalidade à pena: a teoria absoluta ou retributiva e a teoria relativa ou prevencionista. Ainda surgiu uma terceira teoria que seria um misto entre as duas primeiras.

A primeira e mais antiga finalidade atribuída à pena, com base no idealismo, na religião e na escola clássica do direito, atribui à pena um caráter retributivo. (AZEVEDO, 2005). Também conhecida como teoria absoluta, a teoria retributiva tem como fundamento exclusivo a moral e a ética. A pena possui um caráter justo por si só, e sua aplicação se dá sem qualquer juízo de valor acerca de sua validade ou utilidade. A pena tem um caráter meramente retributivo, conforme pregado na lei de Talião.

Ao contrário da teoria absoluta ou retributiva, baseada no mero revide do mal pelo mal, na teoria prevencionista ou relativa, a punição visa à prevenção como meio de segurança social. A pena deixa de ser simples retribuição e passa a ser um instrumento útil, capaz de evitar o delito pelo temor que carrega consigo. A pena é preconizada como uma medida prática a fim de impedir a prática do delito, razão pela qual a pena deixa de ser um fim em si mesma, passando a ser vista com algo instrumental, real.

Destarte, pode-se dividir essa teoria em duas, cada qual considerando um dos aspectos da prevenção do crime, quais seja, a teoria da prevenção geral e a da prevenção especial, sendo que esta busca a intimidação do delinquente e sua reeducação, enquanto que aquela visa à inibição que a pena causa sobre os indivíduos enquanto em coletividade.

A teoria mista ou eclética, por sua vez, visa unir os critérios retributivo e preventivo, unificando-os com a finalidade da pena e, de certa forma, aumentando o campo de incidência do Direito Penal. Essa corrente tenda destacar das teorias retributiva e prevencionista seus aspectos críticos, aceitando a retribuição e princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção penal. A teoria mista tem um duplo fundamento da pena: “a retribuição, manifestada através

do castigo; e a prevenção, manifestada como instrumento de defesa da sociedade”. (FERREIRA, 1995, p. 29).

A teoria Dialética Unificadora, formulada por Claus Roxin, talvez o maior penalista vivo da atualidade, unge as teorias anteriormente expostas de uma forma diferenciada, evitando incidir nos mesmos erros das citadas teorias. Para Roxin, citado por Hireche (2004), a pena possui uma acepção utilitarista, o que significa dizer que a pena deve possuir finalidades, devendo ser analisada em cada momento diferente (cominação, aplicação e execução) com suas particularidades. (HIRECHE, 2004).

Segundo o Roxin, citado por Hireche (2004, p. 76-77),

No Estado Moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário, através dos meios do direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a assistência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição.

Hireche (2004) elucida que, para Roxin o Direito Penal é subsidiário, devendo intervir em situações extremas (*ultima ratio*) de controle social, donde nascem as condições de limitação do poder punitivo do Estado.

Claus Roxin busca uma justificativa razoável da pena, tanto que, ao considerar a ameaça de pena, entende que deve haver uma preocupação utilitarista, de prevenção geral (com limites), subsidiária e com dupla finalidade: proteção de bens jurídicos relevantes e à prestação dos cidadãos (HIRECHE, 2004). Além disso, Roxin cria uma limitação ao direito de punir estatal, onde a pena estaria limitada pela culpabilidade com um papel garantidor, a fim de se evitar abusos em nome do Estado.

Gomes (2001), ao comentar sobre a limitação da pena sobre o prisma da culpabilidade, afirma o seguinte:

Nessa perspectiva de fator graduativo da pena a culpabilidade está vinculada com o que se denomina (impropriamente) de dupla posição do dolo e da culpa dentro da teoria do fato punível. Da mesma forma que a negligência não se esgota na violação não dolosa de um dever objetivo de cuidado, também o dolo não se reduz ao conhecimento e vontade de realização do tipo de ilícito objetivo; antes, num caso como no outro, a estes elementos acresce uma autônoma atitude interior, um específico *Gesinnung* pessoal, que não podem ser retirados à culpabilidade. No dolo está em causa o elemento que torna o conhecimento e vontade de realização do tipo de ilícito objetivo em expressão, documentada no fato, de uma atitude pessoal contrária ou indiferente à violação do bem jurídico protegido; na negligência, está em causa o elemento que torna a inobservância não dolosa do dever objetivo de cuidado em expressão, documentada no fato, de uma atitude pessoal descuidada ou leviana face à violação do bem jurídico protegido.

Em resumo, a teoria unificadora acolhe a retribuição e o princípio da culpabilidade como

critérios limitadores da intervenção da pena. Acerca de tal limitação, pondera Roxin:

Daqui se retira para a justificação da pena que, embora se possa imputar a sua existência à pessoa do delinquente, este estará obrigado em atenção à comunidade, a suportar a pena. Tal é justo e legítimo, não porque aquele tenha que suportar que outros lhe inflijam um mal devido a um imperativo categórico, mas porque, como membro da comunidade, tem de responder pelos seus actos na medida da sua culpa, para a salvaguarda da ordem dessa comunidade. Deste modo, não é utilizado com meio para os fins dos outros, mas, ao co-assumir a responsabilidade pelo destino, confirma-se a sua posição de cidadão com igualdade de direitos e obrigações. Quem não quiser tal aceitar com justificação da pena, terá de negar a existência de valores públicos e, com eles, o sentido e missão do Estado (HIRECHE, 2004, p. 80-81).

Como visto, toda a teoria roxiana, no que diz respeito à justificativa da pena, estabelece um direito penal subsidiário, com uma perspectiva de prevenção geral e especial limitadas na culpabilidade do delinquente e na fase de execução, defendendo uma ideia de reinserção social, limitando o poder punitivo estatal (HIRECH, 2004). Nas próprias palavras de Claus Roxin, [...] “se quiséssemos consagrar numa só frase o sentido e limites do direito penal, poderíamos caracterizar a sua missão como protecção de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvaguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual” (HIRECH, 2004, p. 84).

4 A PENA E A TEORIA GARANTISTA: O GARANTISMO E O DIREITO PENAL

MÍNIMO

Conforme dito inicialmente, a teoria garantista teve seu nascimento no Direito Penal, na busca de um resgate e valorização da Constituição, tendo sua base nas tendências iluministas, derrubando o Direito Penal clássico.

O Direito Penal, em toda a sua história, foi usado pelo Estado como instrumento de controle social, sem nenhuma análise de sua efetiva eficácia junto à sociedade. Nesse passo, o minimalismo penal é uma corrente sustentada pioneiramente por Ferrajoli e Baratta, que se baseia na maximização do sistema de garantias legais, colocando os direitos fundamentais como limite do poder punitivo penal do Estado. Prega-se a redução da intervenção penal, procurando-se penalizar somente as condutas mais danosas à sociedade (ELBERT, 2003).

Enfoca-se o princípio da subsidiariedade, ou seja, o Direito Penal somente deve intervir em casos que os demais ramos do direito não são suficientes para solucionar o problema social em evidência.

Os partidários da intervenção mínima e fragmentária do Direito Penal, que possui suas raízes na teoria garantista, propõe a redução de sua incidência e, em contrapartida, as políticas destinadas ao engrandecimento do estado social e garantias fundamentais do cidadão devem obrigatoriamente serem observadas. Como se vê, o minimalismo penal e a teoria garantista estão intimamente ligados,

pois quanto mais evidenciado o Direito Penal mínimo de um Estado, mais garantias individuais e fundamentais do cidadão serão respeitadas.

Esse tipo de modelo de política criminal é o que se apresenta mais próximo de um Estado Democrático de Direito garantir os direitos individuais, sendo que a intervenção do Estado somente terá fundamento e legitimidade se respeitar as garantias constitucionais individuais e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

O ideal minimalista centra-se num Direito Penal democrático e de garantias, com um Estado máximo em detrimento de um Direito Penal mínimo com o menor sofrimento possível ao delincente.

A pena, no Direito Penal minimalista deve ser a menor possível e menos traumática ao cidadão desviado, pois, aliás, a pena não representa somente o rumo do Direito Penal, porquanto demonstra a própria natureza do Estado. O juízo penal e a própria pena protegem os indivíduos contra a vingança de outros indivíduos e do próprio Estado.

No que se refere à teoria garantista, o Direito Penal e a pena estão intimamente ligados naturalmente. O ilícito penal, por sua vez, deve, no Estado garantista e minimalista, estar ligado à sanção (leia-se pena) de forma qualitativa e quantitativa. Para Carvalho (2003, p. 19),

A teoria garantista penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa sócia’ acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Entre os argumentos expostos até aqui, no que se refere à pena propriamente dita, Ferrajoli em sua incontestável obra, como consequência do Direito Penal mínimo, fala em princípio da pena mínima necessária e o respeito à pessoa:

Pode-se talvez distinguir, em termos aproximados, três fases no desenvolvimento histórico das penas: a das penas *informais*, marcada pelo caráter casual, relativamente espontâneo, não regrado e, sobretudo, privado da intervenção punitiva; a das penas *naturais*, caracterizada pela busca, ainda que ilusória, de um nexó natural ou substancial entre pena e delito; e das penas *convencionais*, baseada no reconhecimento do caráter exclusivamente jurídico da relação entre o tipo e o grau das penas e o tipo e o grau do delito. Cada uma destas fases corresponde, em linhas gerais, à afirmação de um princípio penal garantista e de uma conseguinte limitação do arbítrio punitivo. Assim, as penas que chamei de “naturais” supõem, em relação às “informais”, a aceitação do princípio da retributividade expressado no nosso primeiro axioma *nulla poena sine crimine* e indubitavelmente satisfeito pelo critério do Talião. As penas “convencionais”, por sua vez, afirmam-se simultaneamente ao princípio da legalidade das penas expressadas na tese T11 *nulla poena sine lege*, indispensável para a estipulação e graduação normativa de qualidade e quantidade das penas. Por fim, a formalização legal da pena constitui um pressuposto essencial também para sua minimização, conforme o critério, utilitarista e humanitário, expressado pela tese R12 *nulla poena sine necessitate*. (TORRES, 2005).

4.1 A FUNÇÃO SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL

A evolução crítica contra os sistemas penais opressores entrou, atualmente, em franca contradição com os postulados de segurança e controle de sociedade global, cruel e irracional. As autoridades buscam dar resposta imediata aos anseios da sociedade e criam leis penais com efeitos meramente simbólicos, sem nenhuma análise da causa do problema social, que não solucionam os sucessivos entraves acumulados no interior deste sistema, mantendo-se um discurso meramente simbólico e imediatista.

Todas as virtudes e garantias até agora constituídos na história do Direito Penal, apesar de ainda estarem muito longe do ideal, estão sendo corroídos pelo chamado Direito Penal moderno carregado de inconsistência.

Em razão da função meramente simbólica do Direito Penal, na grande maioria dos casos práticos, direitos e garantias fundamentais são relegadas ao bel prazer do Estado.

Sabe-se que o clamor público postula o recurso do Direito Penal, como forma de proteção, mas não é essa a missão que lhe compete, pois obedecer a tal orientação seria a aproximação (que já vem ocorrendo) de um Direito Penal meramente simbólico.

A legislação fabricada à medida dos acontecimentos, estabelecendo penas, muitas vezes rigorosas e desproporcionais, para as condutas ao bel prazer do clamor público, não leva à igualdade, mas a uma nova forma de distorção já identificada como o fenômeno da neocriminalização que de fato está ocorrendo na sociedade moderna (BUSATO; HUAPAVA, 2003).

Evidentemente que o Direito Penal carece de legitimidade, pois, de forma imediata, manipula o medo ao delito e à insegurança, reagindo com rigor extremo, desnecessário e desproporcional, desacreditando o próprio sistema penal, em razão de sua ineficiência.

Diante disso, essa forma de entender o jogo de poder e sua relação com o processo penal aparecem camuflados pelo perigoso discurso social de que algo precisa ser feito urgentemente, extremamente propenso a transformar o sistema repressivo como um todo em um instrumento político promocional e de efeitos colaterais devastadores.

Nessa concepção emergencial e simbólica, a técnica inquisitiva representará um significativo aumento do papel policial na construção do sistema repressivo, onde aparecerá, não raras vezes, com supremacia perante a própria atividade jurisdicional, onde a proteção das garantias e direitos fundamentais passa a ser relegada a um segundo plano, afrontando o modelo político do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, a fixação das missões do Direito Penal deve manter e guiar-se sempre dentro dos princípios do Direito Penal mínimo e da fragmentariedade.

4.2 A LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO

O século XX conclui-se marcado por duras e profundas críticas dirigidas ao sistema penal, especialmente nessas últimas três décadas. A crise das teorias ressocializadoras e os problemas dos sistemas penais deram lugar a múltiplos e profundos debates e grande parte da doutrina penal, sociológica e criminológica concluíram manifestando sua insatisfação pelo funcionamento dos sistemas penais e principalmente da pena.

É cediço que a função do Direito Penal é assegurar ao indivíduo que o fato praticado por ele e que lhe foi imputado se subsume ou não a determinado modelo descrito na lei. Todavia, a sanção imposta a esse indivíduo tem limitações.

Observa Lima (2002) que “o processo penal moderno tem uma função nitidamente garantista, pois assegura ao acusado todos os direitos previstos na Constituição, eliminando-se, dessa forma, o processo punitivo exclusivista de nosso ordenamento jurídico”.

Em razão dessa impossibilidade de um Estado opressor e tirânico, sendo o Direito Penal sua principal forma de manifestação desses adjetivos, buscando-se punir todos os atos que entender conveniente, a teoria garantista elabora um Direito Penal legitimado pela sua capacidade de tutelar primordialmente valores ou direitos fundamentais do cidadão.

Para a teoria garantista, essa construção ou prevenção dos direitos fundamentais, supera as limitações morais e naturalistas do retribucionismo penal, em que as penas passam a ter duas finalidades, que são o máximo bem-estar social dos não-desviados e o mínimo mal-estar dos desviados, limitando-se, dessa forma, o poder punitivo do Estado. Por sua vez, Zaffaroni (2003, p.108) afirma que “um conceito negativo ou agnóstico de pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política”.

O Direito Penal baseado na teoria negativa do poder punitivo e de pena, como já mencionado, fica adstrito aos direitos fundamentais do cidadão, sem reduzir a função de segurança jurídica proposta pelo Estado.

O modelo garantista, negando as teorias da pena, estabelece critérios de limitação do poder penal exercido pelo Estado. Eis que a pena é um ato político e que o direito, como limite da política, deve estabelecer freios à sanção.

Percebe-se que a concepção tradicional do delito e do criminoso sob o prisma da reação social é a expressão de uma minoria desviada dos demais membros da sociedade. Isso quer dizer que o delito é a uma exceção na sociedade e delinquente é um ser diferente dos demais.

Dito isto, a teoria garantista busca um modelo de mitigação das penas, buscando uma forma utilitária da pena. Segundo Carvalho (2003, p. 148),

este aforisma é centrado na redução quantitativa e qualitativa da dor aos que cometeram

crimes. Assim, estrutura a finalidade do modelo utilitarista do garantismo através da expressão máxima felicidade possível para a maioria não desviante e mínima sofrimento necessário para a minoria desviante.

A teoria garantista prevê o limite do poder punitivo e apresenta-se como guardiã do direito do delinquente em não ser punido, de forma razoável, pelo Estado, redimensionando à função do direito e do processo penal, não mais direcionado exclusivamente para a tutela social, mas para garantir e proteger a pessoa que se encontra em situação de violência privada.

Contudo, Ferrajoli (2003, p.150) atesta que “garantias penais e processuais, de fato, não são mais do que técnicas que têm por objetivo minimizar a violência e o poder punitivo; isto é, reduzir ao máximo a previsão dos crimes, o arbítrio dos juízes e o tormento das penas”. Nesse mesmo sentido, cumpre destacar Carvalho (2003, p.150):

Prevenção dos delitos e prevenção dos castigos conformaria o modelo garantista do direito penal como negação da guerra e proteção do mais fraco. A centralidade da pessoa em seus direitos fundamentais é recuperada pela dupla função penalógica, legitimando sua necessidade política e os critérios de limitação dos delitos e dos castigos.

Prossegue o renomado autor: “a pena, portanto, seria um instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua existência”. (CARVALHO, 2003, p. 150).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo investigar a questão da pena no sistema punitivo do Estado e a teoria garantista como forma de limitar esse Poder. A partir do vasto estudo doutrinário, pôde-se constatar que os direitos fundamentais cumprem importante papel garantidor do poder punitivo do Estado. A teoria garantista, com raízes iluministas, surgiu como forma de limitar a atuação estatal e, conseqüentemente, o poder punitivo do Estado que, não raras vezes, utiliza-se de processo penal apenas *pro forma*, enquanto que deveria ser usado como efetivo instrumento de garantias do indivíduo contra as arbitrariedades do Estado.

A teoria garantista sustenta primordialmente por Luigi Ferrajoli quebrou dogmas até então estabelecidos, contextualizando os direitos individuais a bens supremos e intangíveis, inclusive pelo próprio Estado, apresentando uma série de parâmetros legitimadores para tutelar efetivamente os direitos fundamentais do cidadão, apresentando um padrão da racionalidade da intervenção punitiva do Estado de Direito.

O garantismo busca trazer uma finalidade para a pena, pois as funções declaradas da pena se corroem e perdem sua legitimidade, com exceção da teoria Dialética Unificadora apresentada no Direito Penal Moderno por Claus Roxin, mediante seus próprios meios e finalidades.

O Estado tem o poder/dever de punir, só que esse poder, deve ser o menor e menos traumático possível e deve ter como limite os direitos individuais, pois o foco central do sistema passa a ser o homem. Além disso, não obstante os reclames sociais, o Direito Penal possui uma função fragmentária e subsidiária, devendo atuar somente onde os demais ramos do direito, não tenham contido o conflito social.

Diante desse aspecto, o instituto da pena merece uma profunda reflexão, no sentido de que sua finalidade deve ser efetivada pelo Estado no ponto de vista concreto, não apenas na função simbólica que atualmente desenvolve, relegando ao Direito Penal uma profunda crise de legitimidade.

Nesse cenário, o juiz tem um papel fundamental, pois, ao julgar o caso concreto, em respeito aos ditames garantidores dos direitos individuais, deve romper a barreira dos dogmas até então estabelecidos pelos operadores jurídicos e decidir de acordo com os bens supremos, aplicando a pena justa, proporcional e menos gravosa ao indivíduo.

Diante do exposto, é possível concluir que a teoria garantista é um ideal a ser propagado em todos os agentes do sistema penal e que a pena deve possuir um sentido e uma finalidade para ser aplicada, sob pena de se tornar injusta, desproporcional e deslegitimadora da atuação estatal.

6 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Mônica Louise de. **Penas alternativas à prisão**: os substitutivos penais no sistema penal brasileiro. Curitiba: Juruá, 2005.

BUSATO, Paulo César; HUAPAVA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CARVALHO, Salo de; CARVALHO, Amilton Bueno. **Aplicação da pena e garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CERQUEIRA, Atílio Antonio. **Direito penal garantista e a nova criminalidade**. Curitiba: Juruá, 2002.

ELBERT, Carlos Alberto. **Manual básico de criminologia**. Trad. Ney Fayet Júnior. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. por Ana Paula Zomer et al. com a colaboração de Alice Bianchini et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

HIRECHE, Gamil Foppel el. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. O processo penal à luz do Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2749>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

PELARIM, Evandro. **Bem jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

ROSA, Alexandre Moraes da. Garantismo Jurídico e controle de constitucionalidade material. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSA, Alexandre Moraes da. Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material. Florianópolis: Habitus, 2002.

SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA, Alceu Jr.. **Pena e Constituição**: aspectos relevantes para sua aplicação e execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TORRES, Douglas Dias. O Direito Penal na Atualidade. **DireitoNet**, São Paulo, 08 fev. 2001. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/33/33/333/>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Vol. 1.