

A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTISMO JURÍDICO

Andréa Zimmermann de Borba¹

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Garantismo e Estado democrático de direito; 3 Função Social do Direito Penal; Conclusão; Referencia das Fontes Citadas

RESUMO

Num Estado democrático, a acusação deve ser necessariamente mínima, expressando apenas e exclusivamente a ideia da protecção legal dos bens vitais para o livre e pleno exercício dos direitos de personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento infra-estruturas sociais da comunidade que está inserida

PALAVRAS-CHAVE: Função social do Código Penal, Estado de direito democrático, Garantismo jurídico

RESUMEN

En un Estado democrático, la acción penal necesariamente debe ser mínimo, expresando, única y exclusivamente, la idea de la protección jurídica de los bienes vitales para el libre y pleno ejercicio de la personalidad de cada ser humano y para la organización, conservación y desarrollo de la comunidad la infraestructura social que se inserta.

PALABRAS CLAVE: Función Social del Código Penal, Estado de Derecho democrático, legal Garantismo

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1998), mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Atualmente é Escrivã Judicial do poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

O Estado de direito surge como resultado do conjunto das garantias liberais e sociais e equivale à democracia, pois reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos.

O garantismo surge como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir. As garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado. Num Estado democrático de direito os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos.

É função do Estado garantir ao cidadão a máxima liberdade possível, contudo, para que o homem possa coexistir, o direito penal é a ferramenta de que dispõe o Estado, funcionando como limite a fim de garantir a segurança jurídica.

2 GARANTISMO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de direito depende de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas especialmente aqueles judiciais, para que se dê sua realização. Historicamente, poder-se-ia localizar o seu surgimento nas sociedades européias recém-saídas da catástrofe da II Guerra, que representou a falência tanto do modelo liberal de Estado de direito, como também das fórmulas políticas autoritárias que se apresentaram como alternativa. Se em um primeiro momento observou-se um prestígio de um modelo social e, mesmo, socialista de Estado, a fórmula do Estado democrático se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais. O Estado democrático de direito, então, representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado.²

² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RCS Editora, 2007. p. 23

O Estado liberal de direito, que teve algumas de suas bases teóricas lançadas por Locke³ e Montesquieu⁴ caracterizou-se pela difusão da idéia de direitos fundamentais, da separação dos poderes, bem como, do império da lei.

Sob a égide do paradigma liberal, compete ao estado "garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo"⁵.

Levantam-se idéias como o exercício das liberdades individuais, de se poder fazer tudo que não for proibido em lei.

Formalmente, todos são iguais perante a lei, ou "são iguais no sentido de todos se apresentarem agora como proprietários, no mínimo, de si próprios e, assim, formalmente, todos devem ser iguais perante a lei, porque proprietários, sujeitos de direito, devendo-se pôr fim aos odiosos privilégios de nascimento".⁶

De um modo geral, são consagrados os direitos de primeira geração, ou seja, na esfera privada, o movimento reflete no reconhecimento do que à época convencionou chamar direitos naturais. Consagra-se a vida, a liberdade e a propriedade como valores máximos. Por outro lado, no âmbito da esfera pública, "convencionam-se direitos perante o Estado e direitos à comunidade estatal: *status* de membro (nacionalidade), igualdade perante a lei, certeza e segurança jurídicas, tutela jurisdicional, segurança pública, direitos políticos etc".⁷

Detentora do controle político da sociedade, a burguesia não mais se interessa em manter como apanágio de todos os homens, a prática universal dos princípios filosóficos de sua revolta social. "Só de maneira formal os sustenta, uma vez que

³ LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o governo civil*. São Paulo: Martins Fontes, 1998

⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996

⁵ CARTTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 25

⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 478, mai., 1999

⁷ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”.⁸

Em um outro momento, começa a detonação da primeira fase do constitucionalismo burguês, oportunidade em que as idéias avançam para uma participação total e indiscriminada do homem livre perante o Estado, na formação da própria vontade estatal. Essa idéia – democrática – se agita com ímpeto invencível, rumo ao sufrágio universal.⁹

Decaída a autoridade do *ancien regime* e rompida a ideologia do passado, o homem caminha firme rumo à democracia, prossequindo com seus combates e determinando a mudança ocorrida, no sentido das Cartas Constitucionais, cada vez mais exigentes de conteúdos que se destinassem a fazer valer objetivamente o ideário burguês das liberdades concretas, dignificadoras da pessoa humana.¹⁰

A burguesia, vitoriosa, eleva os direitos da liberdade ao cume da ordem política, Contudo, os direitos de liberdade, só nominalmente se estendem às demais classes. “Disso não advinha para a burguesia dano algum, senão muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e, assim, concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal”. Ademais, permitia aos burgueses falar ilusoriamente em nome de toda a sociedade, com os direitos da liberdade (fundamentais de primeira geração) que ela mesma proclamara, os quais se apresentavam, em seu conjunto, do ponto de vista teórico, “válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da classe que efetivamente os podia fruir”.¹¹

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 42.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 43.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 44.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 44.

J. J. Canotilho define a Constituição como uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.¹²

Com a separação dos poderes, os direitos da liberdade, e a observância do direito posto, a Constituição é o alicerce no modelo do Estado liberal de direito, garantindo aos cidadãos a segurança jurídica.

A Constituição é compreendida como instrumento de governo, “como estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado”, no qual o poder político encontra limites e o Estado se juridifica, legitimado pelo Direito e pela representação popular. De Estado de direito erige-se à condição de Estado Constitucional.¹³

Com a implementação pelo Estado liberal de direito do sistema de freios e contrapesos (check and balances), compete ao Poder Legislativo, elaborador das leis, a supremacia.

Ao Poder Judiciário cabe dirimir conflitos interpretativos ou, “conforme o modelo constitucional, entre esses e a Administração Pública, quando provocado, através dos procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito” por intermédio de processos lógico-dedutivos e subsunção do fato a norma, “sob os ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal”¹⁴, sendo apenas, no dizer de Montesquieu, *La bouche de La lei*.

E, ao Poder Executivo cabe a tarefa de implementar o Direito, “garantindo a certeza e a segurança jurídicas e sociais, internas e externas, na paz e na guerra”.¹⁵

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 1999. p. 48

¹³ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

¹⁴ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

¹⁵ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 57.

Com efeito, a relação entre os três poderes pautou-se por um sistema de contenção, de freios e contrapesos (check and balances), no qual o poder limitava o poder, no exercício das faculdades de impedir.¹⁶

Assim, o Direito, nesse modelo de Estado – Estado liberal de direito –, é um sistema normativo no qual as regras, gerais e abstratas, são válidas universalmente para todos os membros da sociedade, onde todos devem ser livres, proprietários e iguais.

No Estado liberal de direito, a condição humana não melhorou muito em relação à noção pré-moderna, uma vez que a alteração aconteceu apenas no âmbito do senhor em quase nada alterando a condição do escravo. O homem alcançou o ideal de liberdade em face do estado com a implementação de uma Constituição que lhe garantia uma gama de direitos, contudo, essa garantia reduzia-se meramente ao campo formal.

Com o surgimento de idéias socialistas, comunistas e anarquistas, que “animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais”¹⁷, a ordem liberal é posta em xeque.

Surge, então, o Estado social, o qual implica a materialização dos direitos que antes eram meramente formais.

Com a ruptura do modelo do Estado liberal, ocorre uma redefinição dos clássicos direitos de 1ª geração, “onde pressupõe precisamente todas uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitam, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação”¹⁸ de modo a satisfazer um mínimo material de igualdade.

¹⁶ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 57

¹⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 478, mai., 1999.

¹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 480, mai., 1999.

Mas, o novo modelo de Estado não se resume à reeleitura no âmbito dos direitos individuais, como também, à atribuição dos poderes, que é reinterpretado.

Ao Poder Judiciário são atribuídos mecanismos jurídicos e legislativos “de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional.”¹⁹

Ao Poder Legislativo, além de sua atividade típica, compete o exercício de funções de controle, ou seja, “fiscalização e apreciação da atividade da Administração Pública e da atuação econômica do Estado”.²⁰

O Poder Judiciário não mais se limita a ser a *bouche de la loi*, exige-se, nesse novo modelo de Estado, que o juiz seja *la bouche du droit*, pois a hermenêutica jurídica estabelece métodos mais sofisticados como a análise teleológica, a sistêmica e a histórica, “capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do direito que mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais”.²¹

Em sendo assim, tem-se o compromisso do Estado democrático de direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, a esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a esfera coletiva, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros.²²

¹⁹ CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 60

²⁰ CATTONI, Marcelo. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 60

²¹ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 481, mai., 1999.

²² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: RCS Editora, 2007. p. 23-24

Como modelo normativo, o garantismo é a principal conotação funcional de uma específica formação moderna que é o Estado de direito.

“Estado de direito” é um daqueles conceitos amplos e genéricos que tem múltiplas e variadas ascendências na história do pensamento político: a idéia, que remonta a Platão e Aristóteles, do “governo das leis” contraposto ao “governo dos homens”, a doutrina medieval da fundação jurídica da soberania, o pensamento político liberal sobre os limites da atividade do Estado e sobre o Estado mínimo, a doutrina jusnaturalista do respeito às liberdades fundamentais por parte do direito positivo, o constitucionalismo inglês e norte-americano, a tese da separação dos poderes, a teoria jurídica do Estado elaborada pela ciência juspublicista alemã do século passado e pelo normativismo kelseniano. Segundo uma distinção sugerida por Norberto Bobbio, isto pode querer dizer duas coisas: governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas. Ao menos no campo do direito penal, “Estado de direito” designa ambas as coisas: o poder judicial de apurar e punir os crimes é, por certo, *sub lege* tanto quanto o poder legislativo de defini-los é exercitado *per leges*; e o poder legislativo é exercitado *per leges* enquanto, por seu turno, está *sub leges*, isto é, está prescrita pela lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal.²³

Poder *sub lege* pode ser entendido em um sentido forte, ou estrito, ou substancial, no qual qualquer poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas também os conteúdos. E, com esse significado, o termo “Estado de direito” é sinônimo de garantismo. Designa, por esse motivo, não simplesmente um “Estado legal” ou “regulado pelas leis”, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado:

No plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 789-790

e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes;

No plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdades e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.

A primeira dessas duas condições representa a fonte de legitimação formal de qualquer poder; a segunda, a sua fonte de legitimação substancial. Graças a estas duas fontes, não existem, no Estado de direito, poderes desregulados e atos de poder sem controle: todos os poderes são assim limitados por deveres jurídicos, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores.²⁴

Estas duas fontes podem ser identificadas com o modelo de legalidade em sentido lato, por força da qual a lei é condicionante e, com a legalidade em sentido estrito, por força da qual a lei é condicionada.

O princípio de mera legalidade se limita precisamente a exigir que o exercício de qualquer poder tenha como fonte a lei como condição formal de legitimidade; o princípio de estrita legalidade exige, ao contrário, dessa mesma lei, que condicione a legitimidade do exercício de qualquer poder por ela instituído a determinados conteúdos substanciais. No direito penal, onde o direito formal em jogo é a imunidade do cidadão a proibições e punições arbitrárias, estes conteúdos substanciais têm sido individualizados na enumeração exaustiva das hipóteses de delito, que comporta de um lado a referência empírica aos três elementos constitutivos expressos pelas garantias penais e, por outro, a sua verificação e falsificação nas formas expressas pelas garantias processuais. Nos outros setores do ordenamento, os direitos fundamentais objeto de tutela são

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 790.

diferenciados, mas mesmo estes, se garantidos constitucionalmente, se configuram como vínculos de validade para a legalidade ordinária, a qual, por isso, resulta igualmente caracterizável como estrita legalidade. Em todos os casos pode-se dizer que a mera legalidade, limitando-se a subordinar todos os atos às leis, quaisquer que sejam, coincide com a sua legitimação formal, enquanto a estrita legalidade, subordinando todos os atos, inclusive as leis, aos conteúdos de direitos fundamentais, coincide com a sua legitimação substancial.²⁵

A distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial, ou mais exatamente entre condições formais e condições substanciais impostas ao válido exercício do poder, é essencial para esclarecer a natureza da relação entre democracia política e Estado de direito nos ordenamentos modernos. Condições formais e condições substanciais de validade formam o objeto de dois diferentes tipos de regras sobre *quem* pode e sobre *como* se deve decidir, e as regras sobre *o que* se deve ou não se deve decidir. As regras do primeiro tipo dizem respeito à forma de governo, a as do segundo, à estrutura dos poderes. Da natureza das primeiras depende o caráter politicamente democrático do sistema político; da natureza das segundas depende o caráter de direito do sistema jurídico.

A nossa Constituição contém regras tanto do primeiro quanto do segundo tipo, que servem, respectivamente, para caracterizar o nosso ordenamento como Estado "democrático" e como Estado "de direito".

As regras da democracia política são aquelas contidas de forma precípua na segunda parte – condições substanciais -, que disciplina as formas de expressão da soberania popular definindo *quem* decide e *como* se decide e estabelecendo para tal fim competências e procedimentos.

As regras do Estado de direito estão contidas, sobretudo na primeira parte – condições formais -, que garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecendo *o que* não se deve, ou ainda, se deve decidir, assinalando para tal

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 791

fim vedações legais e obrigações aos poderes do Estado: de um lado as vedações legais de suprimir ou limitar, senão nas formas e nos casos taxativamente previstos, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência etc.

A violação das regras do primeiro tipo – condições formais - são causa de inexistência ou não-vigor, enquanto as do segundo tipo – condições substanciais - são causa de invalidade das normas produzidas; e que a característica estrutural do Estado de direito com relação ao mero Estado legal é a possível divergência entre validade e vigor, ou seja, a existência de normas vigentes mas inválidas porque conformes às condições formais e desconformes às condições substanciais.²⁶

A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é precisamente que sobre tudo se deva decidir por maioria, mas que nem tudo se pode decidir (ou não decidir), nem mesmo pela maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (e não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Sob este aspecto o Estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos para a garantia dos direitos fundamentais, se contrapõe ao Estado absoluto, seja ele autocrático ou democrático. Mesmo a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, é precisamente um regime absoluto e totalitário se o poder do povo for nela ilimitado. As suas regras são, com certeza, as melhores para determinar quem pode decidir e como se deve decidir, mas não bastam para legitimar qualquer decisão ou não decisão. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra, ou seja, privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva ou não pense ou não escreva de um dado modo, que não se reúna ou não se associe a outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou fique com ela indissolavelmente ligado, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho ou outras coisas similares.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 791-792.

A garantia desses direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica. Por isso a sua lesão por parte do Estado justifica não simplesmente a crítica ou o dissenso, como por questões não vitais sobre as quais vale a regra da maioria, mas a resistência à opressão, até a guerra civil.²⁷

O pensamento jusnatural e contratual do iluminismo formulou esta regra primária da relação entre Estado e cidadão e da convivência civil entre maioria e minoria, concebendo os direitos vitais do homem como “naturais” e a sua garantia como condição de legitimidade daquele “homem artificial que é o Estado” e do pacto social por ele assegurado. A grande inovação institucional da qual nasceu o Estado de direito foi, contudo, a positivação e a constitucionalização destes direitos. É com a estipulação constitucional de tais deveres públicos que os direitos naturais se tornam direitos positivos invioláveis, e muda, por isso, a estrutura do Estado, não mais absoluto, mas limitado e condicionado. Estas obrigações formam as garantias dos cidadãos: que são contra a maioria, sendo postas contra qualquer poder para tutela, sobretudo dos indivíduos e das minorias que não têm poder; e são contra a utilidade geral, tendo como escopo exclusivo a tutela dos direitos individuais. É assim que a transformação do Estado absoluto em Estado de direito ocorre simultaneamente à transformação do súdito em cidadão, isto é, em um sujeito titular de direitos não mais exclusivamente “naturais” mas “constitucionais” em relação ao Estado, que se torna, por sua vez, vinculado em relação àquele. O denominado contrato social, uma vez traduzido em pacto constitucional, não é mais uma hipótese filosófico-política, mas um conjunto de normas positivas que obrigam entre si o Estado e o cidadão, tornando-os dois sujeitos de soberania reciprocamente limitada.²⁸

Na tradição liberal o Estado de direito foi concebido como limitado somente por vedações legais, em garantia dos direitos do indivíduo de não ser privado de bens pré-políticos da vida e da liberdade (além da propriedade). As garantias liberais ou negativas consistem unicamente nos deveres públicos negativos ou de

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. p. 792-793

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. p. 793.

não-fazer – de deixar viver e de deixar fazer – que têm por argumento prestações negativas ou não prestações.

Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições deste século têm, contudo, reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais: os direitos à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à instrução, à habitação, à informação e similares. Diferentemente dos direitos de liberdade, que são direitos de, a que correspondem vedações (ou deveres públicos de não fazer), estes direitos, que podemos chamar “sociais”, são direitos a (ou expectativas de comportamentos alheios) que devem corresponder a obrigações (ou deveres públicos de fazer). A noção liberal de “Estado de direito” deve ser conseqüentemente alargada para incluir também a figura do Estado vinculado por obrigações além de vedações. Digamos, pois, que onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações negativas para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como Estado de direito liberal: onde, ao invés, este também incorporar obrigações, que requerem prestações positivas para a garantia dos direitos sociais, este se caracteriza como Estado de direito social.²⁹

Podemos caracterizar o Estado liberal como um Estado limitado por normas secundárias negativas, isto é, por vedações legais dirigidas aos seus órgãos de poder: e Estado social, ou socialista, como um Estado vinculado por normas secundárias positivas, isto é, por comandos igualmente dirigidos aos poderes públicos. A técnica garantista é sempre aquela da incorporação limitativa de direitos civis e correlativamente de deveres públicos nos níveis normativos superiores do ordenamento: a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado. Enquanto o Estado de direito liberal deve somente não piorar as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda melhorá-las; deve não somente não ser para eles uma desvantagem mas, outrossim, ser uma vantagem. Esta diferença está ligada à diferente natureza dos bens assegurados pelos dois tipos de garantias. As garantias liberais ou negativas baseadas em vedações legais servem para

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal.* p. 974-975

defender ou conservar as condições naturais ou pré-políticas de existência: a vida, a liberdade, a imunidade aos arbítrios e, devemos acrescentar, a não destruição do ar, da água e do meio ambiente em geral; as garantias sociais ou positivas baseadas nas obrigações conduzem, ao invés, a pretensões e aquisições de condições sociais de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, o lar, a instrução etc. As primeiras estão ligadas ao passado e têm como tais uma função conservadora; e as segundas são dirigidas ao futuro e têm um alcance inovador.³⁰

O Estado de direito, como resultado do conjunto das garantias liberais e sociais, pode ser, pois, configurado como um sistema de metaregras em relação às regras mesmas da democracia política. Precisamente, se a regra do Estado liberal de direito é que *nem sobre tudo se pode decidir*, nem mesmo em maioria, a regra do estado social de direito é aquela a qual *nem sobre tudo se pode não decidir*, nem mesmo em maioria: sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o Estado não pode não decidir, mesmo se não interessarem à maioria.

Em um sentido não formal e político, mas substancial e social de “democracia”, o Estado de direito equivale à democracia, no sentido que reflete, além da vontade da maioria, os interesses e necessidades vitais de todos. Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como a conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto.³¹

A teoria garantista propõe um modelo ideal de Estado de direito, ao qual os diversos Estados reais de direito devem aproximar-se, sob pena de

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. p. 795.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. p. 797.

deslegitimação. A teoria garantista postula valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de direito, quais sejam, a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.³²

A teoria geral do garantismo, entendida como modelo de direito, está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com a sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado democrático de direito deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a democracia material, na qual os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais.

O garantismo jurídico baseia-se nos direitos individuais com o escopo de articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano.

Com a operacionalidade possível da democracia substancial, resta inserido no Estado democrático de direito a esfera do decidível e do não-decidível, por maioria ou mesmo unanimidade. De fato, por um lado não se pode legitimamente afrontar o constante nos direitos individuais, bem como, de outro, deve-se garantir na sua máxima extensão, sob pena de deslegitimação das instituições estatais. Estabelece-se, assim, quem pode e como se deve decidir; o que se deve e o que se não deve decidir.

Nesta esfera do indecidível se encontram justamente os direitos fundamentais, funcionando como verdadeiro marco divisório, impeditivo do avanço do Legislativo.³³

³² CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e Legitimidade. Uma abordagem garantista. Campinas, SP: Millenium, 2006. p. 91-92.

³³ ROSA, Alexandre Morais da. Decisão Penal: A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006. p. 86-87.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL

Segundo Montesquieu e Condorcet, o poder de punir e de julgar é o mais terrível e odioso dos poderes: aquele que se exercita de maneira mais violenta e direta sobre as pessoas e no qual se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre autoridade e liberdade, entre segurança social e direitos individuais. É por isso que o direito penal sempre foi o centro da reflexão jurídico-filosófica. A sua fundamentação racional, mesmo na variação dos seus critérios de racionalidade, foi invariavelmente advertida como equivalente à sua justificação ético-política, enquanto a sua irracionalidade sempre foi, ao oposto, equiparada ao despotismo e à opressão. Ao mesmo tempo, a principal garantia da racionalidade e da justificação do poder de punir, de proibir e de julgar revelou-se a sua rígida disciplina jurídica, mediante técnicas específicas de limitação e de legitimação legal. (Direito e Razão – introdução)

Nos modernos Estados constitucionais de direito, nos quais a validade das normas – assim como das leis, dos regulamentos, sentenças e atos administrativos – reside na sua correspondência não somente formal como também material com normas de categoria superior, que não só regulam as formas senão que estabeleçam também limitações de conteúdo ao exercício do poder normativo, tal concepção resulta totalmente insuficiente.

Nesses ordenamentos a validade não depende somente dos aspectos formais da produção normativa que permitem afirmar o “ser” ou a existência de normas, senão que depende igualmente do significado dos enunciados normativos produzidos, e mais exatamente da valoração da correspondência do seu conteúdo com o “dever ser” jurídico estabelecido por normas superiores.³⁴

O fundamento político ou externo do moderno Estado de direito tem, com efeito, a função de garantia dos direitos fundamentais mediante a sanção de anulabilidade dos atos inválidos: das leis, por violação das normas

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 327.

constitucionais; dos atos administrativos e decisões judiciais, por violação das leis constitucionalmente válidas.³⁵

A especificidade do moderno Estado constitucional de direito está precisamente no fato de que as condições de validade estabelecidas por suas leis fundamentais incorporam não só requisitos de regularidade formal, senão também condições de justiça material.³⁶

Os modernos Estados de direito estão dotados de normas acerca da produção normativa que vinculam a validade das leis ao respeito das condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se entre elas os direitos fundamentais.³⁷

Somente respondendo à interrogação acerca do objeto que se deve atribuir à legislação penal, dentro do nosso Estado de direito, no marco dos princípios constitucionais e internacionais, será possível criticar a lei positiva e indicar como se poderia adequá-la melhor a este objetivo e também interpretar esta lei de forma coerente com tal objetivo (afastando por inconstitucionais, os extremos de absoluta incompatibilidade ou contradição, ou com efeitos paradoxais).

Para uns, o direito penal tem por meta a segurança jurídica; para outros, seu objetivo é a proteção da sociedade, expressão que se costuma substituir por "defesa social".

Para os partidários da meta de segurança jurídica, a pena deve aspirar a ter efeito principalmente sobre a comunidade jurídica, como prevenção geral, isto é, para os que não tenham delinqüido não o façam. Em outras palavras: para os partidários da segurança jurídica, a pena deve dirigir-se aos que não delinqüiram.³⁸

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. p.328.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. p.330.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. p. 331

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p.90.

Para os partidários da meta de defesa social, a pena deve aspirar a surtir efeito sobre o delinqüente, ou seja, como prevenção especial. Para estes, a pena deve dirigir-se aos que delinqüiram.

Conforme as opiniões mais generalizadas atualmente, a pena, entendida como prevenção geral, deve ser retribuição, enquanto entendida como prevenção especial, deve ser reeducação e ressocialização.

A retribuição deve devolver ao delinqüente o mal que este causar socialmente, enquanto a reeducação e a ressocialização deve prepará-lo para que não volte a reincidir no delito. É comum afirmar em nossos dias de que o fim da pena é a retribuição e o fim da execução da pena é a ressocialização (doutrina alemã contemporânea mais corrente).

Dentro do setor daqueles que entendem que a função do direito penal deve ser a segurança jurídica, alguns sustentam que o direito penal deve provê-la tutelando primordialmente bens jurídicos, enquanto outros afirmam que a tutela penal deve ser tutela de valores ético-sociais.

De uma ou outra opinião costuma-se concluir que o decisivo é o resultado do delito ou a conduta delitativa em si, respectivamente.³⁹

O direito penal não pode ter outra meta que não a de prover a segurança jurídica, posto que este deve ser o objetivo de todo o direito. Não obstante, se ao precisarmos o que entendemos por segurança jurídica, teremos dito muito pouco, porque a segurança jurídica não pode consistir na mera satisfação de exigências formais.

O direito é um instrumento de viabilização da existência humana, entendendo por existência, em poucas palavras, a relação de cada homem com seu ser, isto é, a escolha que cada qual faz do que quer ser e chega a ser, assim como a realização desta escolha. A existência humana não pode haver senão na forma de coexistência, de existir com outros que também existem. Disto decorre que

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 91.

nem sequer se pode ter consciência do “eu” quando não há um “tu” de quem distinguir-se.

O asseguramento das existências simultâneas (coexistência) se cumpre com a introdução de uma ordem coativa que impeça a guerra de todos contra todos (guerra civil), tornando mais ou menos previsível a conduta alheia, no sentido de que cada um saiba que o próximo se absterá de condutas que afetem entes que se consideram necessários para que o homem se realize em coexistência, que é a única forma em que pode autorrealizar-se. Estes entes são os bens jurídicos ou direitos.

A função da segurança jurídica não pode ser entendida, pois, em outro sentido que não o da proteção de bens jurídicos (direitos), como forma de assegurar a coexistência.

A função de garantia de coexistência se cumprirá na medida em que se garanta a cada um a possibilidade de dispor-se - de usar - o que considere necessário para sua auto-realização.⁴⁰

Sendo assim: a pena, necessariamente, implica uma afetação de bens jurídicos do autor do delito (de sua liberdade, na prisão ou reclusão; de seu patrimônio, na multa; de seus direitos, nas penas restritivas).⁴¹

Esta privação de bens jurídicos do autor deve ter por objeto garantir os bens jurídicos dos demais integrantes da comunidade jurídica. Mas esta privação de bens jurídicos não pode exceder certo limite: imaginemos o que sentiríamos todos os integrantes da comunidade jurídica brasileira, se fosse amputada a mão de um batedor de carteira.⁴²

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 92.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 92

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 93.

A coerção penal deve reforçar a segurança jurídica, mas, quando ultrapassa o limite da tolerância na ingerência aos bens jurídicos do infrator, causa mais alarme social do que o próprio delito. Não se trata de que a pena “retribua” nenhum mal com outro mal, e sim de que garanta os bens jurídicos sem lesionar o sentimento de segurança jurídica da comunidade.⁴³

Enquanto o objetivo do direito penal é uma meta política: ainda que sempre se tutelem mais os bens de uns de que outros, o direito penal deve tender a diminuir estas diferenças e procurar a igualação das tutelas; ainda que o “sentimento de segurança jurídica” seja grupal e se dilua na pluralidade de grupos diferentes e antagônicos, o direito penal deve contribuir para diminuir os antagonismos, fomentar a integração e criar as condições para uma generalização comunitária do sentimento de segurança jurídica, que será maior na medida em que a estrutura social seja mais justa (maior grau de justiça social) e, em consequência, cada homem sinta que é maior o espaço social de que dispõe e a comunidade lhe garante ou, ao menos, deve procurar não aumentar os antagonismos e as contradições.⁴⁴

Coexistência humana, único sentido que cabe atribuir à expressão em nosso Estado de direito.⁴⁵

Para esclarecer a função que deve cumprir o direito penal no Estado de direito, devemos, antes de mais nada, distinguir o “ético” do “moral”.

O ético se refere ao comportamento social, isto é, às normas de condutas constituídas pela sociedade.

A moral, ao contrário, vem assinalada pela consciência individual. O moral se refere às regras de conduta que cada um indica à sua consciência, o ético às pautas de conduta que lhe indica o grupo social.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 93.

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 93-94.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 95.

Entendendo a ética deste modo, não pode haver nenhuma dúvida acerca de que todo o direito deve ter uma aspiração ética, posto que todo o direito quer regular a conduta humana em sociedade e comina pena para que os homens se adaptem às suas regulações.

Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.

O fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal.⁴⁶

O caráter subsidiário do direito penal decorre, também, da função limitadora instituída pelo Estado social e democrático de direito ao ordenamento penal: proteção de bens jurídicos fundamentais à coexistência, promovendo o livre desenvolvimento da personalidade humana. Concluindo-se positivamente acerca da existência do bem-jurídico penal, com todas as adjacências que lhe são inerentes, outra verificação se faz importante: refere-se à necessidade de tutela penal. Sua fundamentação teórica remete ao conceito de Estado que, na acepção sob a qual foi instituído pela Constituição, obriga, dentre outras orientações, a intervenção punitiva a ter a menor intensidade possível, já que impregnada de alto grau de restrição e violação de direitos, ainda que autorizadas estatalmente. É função do Estado interferir, o mínimo possível na vida do cidadão, garantindo-lhe a máxima liberdade.⁴⁷

Um direito penal racional – condição esperada, quando seu contorno é dado pelo Estado social e democrático de direito – tem por postulado fundamental a sua não intervenção, quando se pode esperar idêntico resultado de um recurso mais brando. Desta forma, fracassados os outros meios de controle, o direito penal é

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 96.

⁴⁷ BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. p. 77

chamado a atuar. O intervir, portanto, além de ser mínimo, tem que ser racional.

48

CONCLUSÃO

É obrigação do Estado intervir tão pouco quanto baste, a fim de garantir a máxima liberdade do cidadão.

A atuação do direito penal deve ser a mínima necessária, uma vez que sua função – a do direito penal – é a proteção do cidadão, garantindo a pacífica convivência entre os homens.

O direito penal não pode ser utilizado sem que se estabeleça critérios rígidos e racionais, já que ele atua na restrição de direitos, liberdades e garantias do indivíduo.

Como leciona Ferrajoli, o garantismo consiste na satisfação dos direitos fundamentais, os quais representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos que fundam e justificam a existência do direito e do Estado, e cujo gozo por todos forma a base substancial da democracia.

REFERENCIA DAS FONTES CITADAS

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Uma abordagem garantista. Campinas, SP: Millenium, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 1999.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁴⁸ BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002. p. 78

BORBA, Andréa Zimmermann de. A função social do direito penal no estado democrático de direito e garantismo jurídico. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito.** Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, n. 3, p. 478, mai., 1999

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: RCS Editora, 2007.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o governo civil.** São Paulo: Martins Fontes, 1998

MONSTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 1996

ROSA, Alexandre Morais da. Decisão Penal: **A bricolage de significantes.** Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.